Der Selbstschutz des Besitzers

nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Georg Luther
Referendar in Naumburg a. S.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Leipzig-Reudnitz
Druck von August Hoffmann.
1906.

Meinem Vater!

Inhaltsverzeichnis.

Kapitel I.

Seite

§ 1. Einleitung 11
§ 2. Begriff und Arten des Besitzes 12

Kapitel II.

§ 3. Allgemeines 30
§ 4. Begriff der verbotenen Eigenmacht 31
§ 5. Der Selbstschutz des Alleinbesitzers 48
§ 6. Der Selbstschutz des Teil- und Mitbesitzers 85
§ 7. Der Selbstschutz des Besitzdieners 89
§ 8. Der Selbstschutz des mittelbaren Besitzers 95

Kapitel III.

§ 9. Die zivilrechtlichen Folgen des Selbstschutzes . . . 100
§ 10. Die strafrechtlichen Folgen des Selbstschutzes . . . 103

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546827_0038

Literaturverzeichnis.

Bähr: Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgegeben von M. Seydel, Band 30.

Bartels: Ausführungen zur Besitzlehre des Bürgerlichen Gesetzbuches, bei Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Band 42.

Bendix: Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen Bürgerlichen Rechts, Breslau 1899.

Bendix: Die Besitzlehre nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung, im Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, Jahrgang IV.

Bekker: Der Besitz beweglicher Sachen, in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik, Band 34.

Biermann: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1898.

Brandis: Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Berlin 1900.

Brückner: Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen, Leipzig 1900.

Brunner: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, Leipzig 1901.

von Buchka: Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des gemeinen Rechts, Berlin 1897.

Buhl: Das Recht der beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Berlin 1901.

Bunsen: Besitzschutz im Bürgerlichen Gesetzbuche; abgedruckt im Archiv für Bürgerliches Recht, Band 23.

Cosack: Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band II. Jena 1901.

Denkschrift: zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1896.

Dernburg: Pandekten. Band I Allgemeiner Teil und Sachenrecht, Berlin 1902.

Dernburg: Sachenrecht des Deutschen Reiches und Preußens, 1904.

Deutsche Juristenzeitung: Begründet von Laband, Stenglein und Staub, Jahrgang 1902, 1903, 1905.

Eck: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Band II, Berlin 1904.

Endemann: Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht, Band II, Berlin 1900.

Enneccerus-Lehmann: Das Bürgerliche Recht. Eine Einführung in das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Marburg 1898.

Entscheidungen des Königlichen Obertribunals Berlin, Band 51, 72, 78.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band 52, 55.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Band 21, 33, 34, 35, 36.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe. München 1900.

Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht. Band III. Berlin 1892.

Förtsch: Vergleichende Darstellung des code civile und des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1897.

Förtsch: Sind nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches die gesetzlichen Vertreter Besitzer der in ihren Händen befindlichen Sachen der von ihnen vertretenen Personen? bei Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Band 43.

Gierke: Deutsches Privatrecht, Sachenrecht, Leipzig 1905.

Goldmann und Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt. Berlin 1905.

Goltdammer: Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Berlin, Band 51 und 52.

Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1890.

Haidlen: Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Stuttgart 1897.

Heilfron: Das Sachenrecht. Berlin 1903.

Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts. 1886.

Ihering: Grund des Besitzschutzes. 1869.
Ihering: Geist des römischen Rechts. 1852.
Isay: Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Jena 1900.
Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltvereins. Herausgegeben von Neumann. Jahrgang 1896, 1897, 1904, 1905.
Kniep: Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht, Jena 1900.
Krückmann: Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches, Göttingen 1899.
Leonhard: Vertretung beim Fahrniserwerbe, Leipzig 1899.
Leske: Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des preußischen Allgemeinen Landrechts, Berlin 1900.
Löwe: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Berlin 1898.
Männer: Das Recht der Grundstücke nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, München 1899.
Matthiaß: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Band. Berlin 1899.
Menger: Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Tübingen 1904.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band I und III. Amtliche Ausgabe. Berlin 1888.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1903.
Ostermeyer: Handbuch des Sachenrechts, Königsberg 1899.
Pernice: Marcus Antistius Labeo, Band II, Halle 1878.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. Sachenrecht. 1904.
Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, bearbeitet von Achilles, Gebhardt und Spahn. Berlin 1899, Band III.
Randa: Der Besitz nach österreichischem Recht mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts, Leipzig 1895.
Rambohr: Grundriß für das Studium des deutschen Privatrechts, Band II. Posen 1902.
Recht, das, Rundschau für den deutschen Juristenstand. Jahrgang 1900, 1901, 1903, 1904.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivil-

rechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann, Band 2, 3, 4, 5, 6, 8.

Rosenthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Graudenz.

Savigny: Das Recht des Besitzes, Gießen 1837.

Scherer: Die Gesetzgebung des Deutschen Reiches mit Erläuterungen, Erlangen 1899.

Schollmeyer: Das Recht der Notwehr im Bürgerlichen Gesetzbuche, 1899.

v. Seeler: Zur Lehre vom Mitbesitz, abgedruckt in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik, Band 44.

Siméon: Recht und Rechtsgang im deutschen Reiche, Berlin 1901.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Band I und III, München 1903, 1904.

Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts, Band I, 1896.

Striethorst: Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Obertribunals gelangt sind. Berlin, Band 61, 72, 90.

Strohal: Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik, Band 38.

Titze: Die Notstandsrechte im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche und ihre geschichtliche Entwicklung, Leipzig 1897.

Turnau und Förster: Die Liegenschaftsrechte nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen, 1902.

Türke, Niedenführ und Winter: Kommentar zum Bürgerlichen Recht, Leipzig 1905.

Warneyer: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Reich, Leipzig 1905.

Wendt: Der mittelbare Besitz, im Archiv für die zivilistische Praxis, Band 87.

Wendt: Faustrecht oder Besitzverteidigung und Besitzverfolgung in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik, Band 21.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Auflage. Frankfurt a. M. 1900.

Wolff: Der Mitbesitz nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches, in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik, Band 44.

Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichsjustizamt, Band III.

Kapitel I.

§ 1.

Einleitung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch, das die Lehre vom Besitz auf eine neue Grundlage gestellt und vom römischen Einfluß fast gänzlich befreit hat, hat auch den Selbstschutz des Besitzers zwar nicht in einer von den bisherigen Gesetzen gänzlich, aber doch in mancher Beziehung abweichenden Weise geregelt. Besonders die Grundsätze über die Wiedererlangung entzogenen Besitzes sind neu.

Aufgabe dieser Abhandlung soll es sein, zu zeigen, auf welche Weise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche der Besitzer gegen eigenmächtige Eingriffe dritter Personen in seinen Besitzstand selbständig ohne Zuhülfenahme von Gericht oder Polizei sich schützen kann.

Um eine Grundlage für das zur Aufgabe gestellte Thema zu schaffen, wollen wir im § 2 kurz erläutern, was das Bürgerliche Gesetzbuch unter dem Begriff Besitz versteht und welche Arten von Besitz es kennt. Im Kapitel II werden wir dann darstellen, wie der Besitzer in gesetzlich zulässiger Weise Selbstschutz ausüben kann, um endlich im Kapitel III die zivil- und strafrechtlichen Folgen zu betrachten, wenn der Besitzer bei der Ausübung des Selbstschutzes über das Maß des Erlaubten hinausgegangen ist.

§ 2.

Begriff und Arten des Besitzes.

Unter Besitz[1]) versteht das Bürgerliche Gesetzbuch die tatsächliche[2]) Gewalt einer Person über eine Sache.

Vom Besitz ist demnach das Eigentum zu unterscheiden. Eigentum ist die rechtliche Herrschaft einer Person über eine Sache. Der gewöhnliche Sprachgebrauch macht oft keinen Unterschied zwischen Besitz und Eigentum. Weitaus in den meisten Fällen wird ja der Besitzer einer Sache zugleich der Eigentümer sein.[3]) In vielen Fällen aber wird man Eigentümer einer Sache sein, ohne sie zu besitzen, und andererseits Besitzer einer Sache sein, ohne Eigentum daran zu haben. Man denke nur an den Fall, daß jemand sich ein Buch leiht, ein Stück Land pachtet.

Besitzer ist, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt. Eine solche Gewalt können wir im strengen Sinne des Wortes nur über Sachen ausüben, die sich in unserem unmittelbarem Machtbereich befinden, die wir mit unseren physischen Kräften unmittel-

---

[1]) Das BGB. gibt keine Definition des Besitzes. Es sagt nur, wie der Besitz einer Sache erworben wird im § 854, und wie er verloren wird im § 856.

Vgl. D 41,2. 1 pr.: possessio appellata est a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit; Preuß. A. L. R. I, 7, § 3; Sächs. Ges. B. § 168; code civile a. 2228; Österr. GB. § 309.

[2]) Der Besitz ist kein Recht, vgl. Randa. a. a. O. § 3, Dernburg, Sachenrecht S. 43, Strohal a. a. O. S. 63. In den Kommissionsprotokollen wird gesagt, daß der Besitz eine Rechtsposition sei.

[3]) Nach § 1006 BGB. wird zu Gunsten des Besitzers einer beweglichen Sache vermutet, daß er Eigentümer der Sache ist.

bar fassen und halten können. Damit würden wir den Begriff Besitz aber zu eng fassen. Die tatsächliche Gewalt ist, wie Planck[4]) ausführt, „nicht physische Gewalt, körperliche Herrschaft über die Sache mit der Möglichkeit, die Einwirkungen anderer auf die Sache abzuwehren. Das tatsächliche Moment, nach dem sich das Vorhandensein der hier fraglichen Macht bestimmt, ist die im Verkehr herrschende Auffassung. Tatsächliche Gewalt ist die von der Verkehrsanschauung anerkannte Herrschaft der Person über die Sache". Ein Landwirt hat Besitz nicht nur an Haus, Hof und Garten und allen darin befindlichen Gegenständen, über die er unmittelbar und für jedermann erkennbar die Herrschaft ausübt, sondern auch an weitentlegenen Grundstücken und an den auf ihnen zurückgelassenen beweglichen Sachen, z. B. einem Pflug, gemähtem Getreide, Getreideschober usw.[5])[6])

Der Besitz ist die tatsächliche Gewalt einer Person über eine Sache. Besitzer kann also nur sein, wer Rechtsfähigkeit besitzt. Rechtsfähig sind die natürlichen und juristischen Personen. Besitzunfähig ist demnach einmal der nasciturus, sodann der nichtrechtsfähige Verein. Besitz an allen dem Verein gehörenden Vermögensstücken haben die einzelnen Mitglieder.[7]) Da der Besitz lediglich durch Erlangung der tatsächlichen

[4]) Planck a. a. O. S. 30.

[5]) Vgl. Das Recht, Jahrgang 1901, S. 175: tatsächliche Gewalt über ein Mietshaus.

[6]) Der Begriff Gewahrsam findet sich im BGB. nicht mehr, wohl aber noch in der Zivilprozeßordnung (§§ 808. 809. 886.). Eine Verschiedenheit besteht zwischen Besitz und Gewahrsam nicht mehr. Eine Sache im Gewahrsam haben heißt sie besitzen.

Vgl. Leske a. a. O. S. 355 und Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 1.

[7]) Vgl. Strohal a. a. O. S. 29, Randa a. a. O. S. 384.

Gewalt über eine Sache erworben wird, so ist zum Besitzerwerb ein Besitzwille nicht erforderlich. Daraus folgt, daß Besitzfähigkeit nicht nur dem geschäftsfähigen, sondern auch dem geschäftsunfähigen und in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Menschen zukommt. Geisteskranke und Kinder können demnach Besitz ausüben, sobald sie nur die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt haben.[8])

Jeder Mensch ist nach jetzigem Recht besitzfähig. Ausnahmen, die in früheren Rechten z. B. hinsichtlich der Klosterpersonen bestanden, kennt BGB. nicht mehr.[9])

Besitzfähigkeit kommt auch der juristischen Person zu.[10]) Sie allein besitzt unmittelbar die Sachen, die zu ihrem Vermögenskomplex gehören. Zwar kann sie selbst keine tatsächliche Gewalt ausüben. Hierin wird sie von ihren Organen, insbesondere dem Vorstand, vertreten, der für sie die tatsächliche Gewalt ausübt.

Objekt des Besitzes können nur Sachen sein. Sachen im Sinne des Gesetzes sind körperliche Gegenstände (§ 90 BGB.). Es scheiden somit aus die unkörperlichen Sachen, wie z. B. die Elektrizität. An körperlichen Sachen ist nur insoweit Besitz möglich, als sie der

[8]) Vgl. Dernburg, Sachenrecht S. 59; Planck a. a. O. S. 31; auch Denkschrift S. 161.

[9]) Vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. S. 689, Bartels a. a. O. S. 653.

[10]) Ebenso Gierke a. a. O. S. 221, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 689, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 5 S. 148. A. A. Kniep S. 19; vgl. § 983 BGB.

Der Vorstand ist weder Besitzer noch Besitzdiener der Sachen, die sich in seinen Händen befinden; vgl. auch Förtsch bei Gruchot a. a. O. S. 544. A. A. Bartels a. a. O. S. 668, Leonhard S. 63, die behaupten, daß der Vorstand unmittelbarer Besitzer und die juristische Person mittelbare Besitzerin sei, und Wendt a. a. O. S. 66, Dernburg Sachenrecht S. 50, Isay a. a. O. S. 284, die behaupten, der Vorstand sei Besitzdiener.

menschlichen Herrschaft unterliegen. Besitz ist unmöglich an einem Menschen, an Sonne, Mond oder Sternen.[11]) Soweit aber die körperlichen Sachen der menschlichen Herrschaft unterworfen sind, ist ausnahmslos auch Besitz an ihnen möglich. Keine Sonderstellung nehmen die Sachen ein, welche dem Verkehr entzogen sind, wie öffentliche Straßen, Plätze usw. Besitz an ihnen hat die Gemeinde, in deren Bezirk sie liegen.

Die körperlichen Sachen sind entweder bewegliche oder unbewegliche Sachen. Sie sind beweglich, wenn sie ohne Änderung ihres Wesens einem Ortswechsel unterworfen werden können. Gleichgültig ist hier, ob sie sich selbst bewegen können, oder ob ihnen diese Fähigkeit fehlt. Auch Gebäude, die nicht Bestandteile des Grundstücks sind, auf dem sie stehen, sowie Schiffe gelten als bewegliche Sachen.

Unbewegliche Sachen sind die Grundstücke. Als unbeweglich gelten auch Gebäude, die mit dem Grund und Boden fest verbunden und daher wesentliche Bestandteile sind (§ 94 BGB.), desgleichen die Erzeugnisse des Grundstücks, wie Bäume, Pflanzen, solange sie mit dem Boden zusammenhängen.

Im BGB. findet sich des öfteren der Ausdruck „Inbegriff von Sachen" (§§ 92, 588, 589, 1035, 1048 BGB.). Unter einem Inbegriff von Sachen versteht man „eine Mehrheit einzelner Sachen, die, weil sie durch einen gemeinsamen Zweck zu einem Ganzen verbunden sind, im Verkehr nach gewissen Richtungen hin als eine Sache behandelt werden". Besitz ist an der Sachgesamtheit als solcher wie nach gemeinem Recht, so auch nach BGB. nicht möglich. Besessen können

---

11) Vgl. Strohal a. a. O. S. 30, Bartels a. a. O. S. 649.

immer nur die einzelnen, individuell bestimmten Gegenstände werden, die zu dem Inbegriff gehören.[12])

Das BGB. kennt nur einen Besitz an körperlichen Sachen, dagegen keinen Besitz an Rechten. Früher gab es freilich einen Besitz am Namen, Adel, an Reallasten usw. Er ist dem BGB. unbekannt.[13])

Eine Einzelsache kann nun eine besitzfähige Person einmal im ganzen besitzen. Jemand besitzt ein Pferd. Ihn kann man als Alleinbesitzer bezeichnen.[14])

Andererseits kann man einen räumlich abgegrenzten Teil einer Sache besitzen. Bereits das Strafgesetzbuch erkannte im § 123 einen Teilbesitz an. Im BGB. findet sich die gesetzliche Regelung des Teilbesitzes im § 865.

Dieser bestimmt:

„Die Vorschriften der §§ 858—864 gelten auch zu Gunsten desjenigen, welcher nur einen Teil einer Sache, insbesondere abgesonderte Wohnräume oder andere Räume, besitzt." Zwar wird hier nur ein Teilbesitz an unbeweglichen Sachen aufgezählt. Das Wort „insbesondere" aber deutet darauf hin, daß das Gesetz nur Beispiele aufzählen will. Ein Teilbesitz ist ebenso auch bei beweglichen Sachen möglich, wie denn auch die Motive Band III S. 114 ausführen:

---

[12]) Vgl. Strohal a. a. O. S. 31, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 689; Reichsgerichtsentscheidung in Zivilsachen, Band 52 S. 385.

[13]) Auf den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Gebieten bleibt der Rechtsbesitz fernerhin in Geltung (z. B. Patronat).

Ausnahmsweise sollen die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften Anwendung finden, wenn der Besitzer eines Grundstücks in der Ausübung einer für den Eigentümer im Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gestört wird; §§ 1029. 1090 II BGB., a. 191 E. G. z. BGB.; vgl. auch Bendix im Recht a. a. O. S. 45, Cosack a. a. O. S. 62.

[14]) Kniep a. a. O. S. 2 gebraucht den Ausdruck Vollbesitzer.

„Für bewegliche Sachen wird der Satz: res mobilis pro diviso possideri non potest regelmäßig richtig sein, doch würde man zu weit gehen, wenn man eine Teilinhabung nur bei Grundstücken als denkbar ansehen wollte." Voraussetzung des Teilbesitzes bei unbeweglichen wie beweglichen Sachen ist, daß man einen räumlich bestimmt abgegrenzten Teil einer ungeteilten, unzerlegten Sache besitzen kann. Der Teil, der besonders besessen werden soll, muß mit den anderen Teilen körperlich noch verbunden sein. Erfolgt die Abtrennung dieses Teiles, wird z. B. die Wagendeichsel vom Wagen getrennt, so wird der abgetrennte Teil eine neue selbständige Sache, an der Alleinbesitz eintritt.

Teilbesitz ist nur denkbar, wenn die räumliche Herrschaft an dem einen Teile selbständig neben der räumlichen Herrschaft über den übrigen Teil ausgeübt werden kann. Strohal[15]) sagt mit Recht: „An Teilen einer Sache ist besonderer Besitz insoweit möglich, als sie besondere Inhabung zulassen." Teilbesitz ist also undenkbar, wenn die räumliche Herrschaft auf Sachteile nicht beschränkt werden kann, sondern nur am ganzen denkbar ist, weil jede Verfügung über den Teil mit Notwendigkeit die gesteckten Grenzen überschreiten und auf das ganze wirken würde.

Teilbesitz ist möglich an Teilen einer unbeweglichen Sache. Er liegt vor, wenn jemand als Mieter die Etage eines Hauses, als Pächter ein abgegrenztes Stück Gartenland, die ungetrennten Früchte einer Plantage, die stehenden Bäume in einem Forste oder Pflanzen, die mit dem Boden verbunden sind, besitzt.

---

15) Strohal a. a. O. S. 33, vgl. auch Neumann a. a. O. S. 551, Haidlen a. a. O. zu § 865.

Auch an Mauern und Wandflächen, an Tunnels, Kloaken, Viadukten ist Teilbesitz möglich.[16])

Teilbesitz besteht auch an den Teilen einer beweglichen Sache. Wenn zu einem vorübergehenden Zweck auf einem Grundstück ein Gebäude errichtet wird, so gehört es nach § 95 Abs. I BGB. nicht zu den Bestandteilen des Grundstücks, bleibt also eine bewegliche Sache. Teilbesitz an den einzelnen Räumen dieses Gebäudes tritt ein, wenn diese z. B. an Arbeiter vermietet werden. Teilbesitz ist weiter denkbar an den einzelnen Kabinen eines Schiffes, an der verschließbaren Schublade eines Tisches, an den verschließbaren Brieffächern bei der Postanstalt, an den Abteilungen eines Geldschrankes. Unmöglich ist aber ein Teilbesitz an einem Stuhlbein, an den Haaren oder der Wolle eines Tieres, an dem Rücken eines Pferdes. Für den Teilbesitz ist es endlich unerheblich, ob die Teile, die besonders besessen werden, wesentliche oder unwesentliche Bestandteile der Sache sind.[17])

Sodann kann eine Einzelsache als ganzes von mehreren Personen besessen werden. In diesem Falle spricht man von Mitbesitz (compossessio pro indiviso). Die gesetzliche Regelung des Mitbesitzes findet sich im § 866:

Besitzen Mehrere eine Sache gemeinschaftlich, so findet in ihrem Verhältnisse zu einander ein Besitzschutz insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt.

Ohne räumliche Abgrenzung besitzen Mehrere ge-

---

[16]) Vgl. Motive S. 114, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Band 3 S. 26, Brückner a. a. O. S. 75; A. A. Strohal a. a. O. S. 32.

[17]) Ebenso Cosack a. a. O. S. 62, Männer a. a. O. S. 94, Strohal a. a. O. S. 32, Neumann a. a. O. S. 551, Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 232, Planck a. a. O. S. 55, Biermann a. a. O. S. 16.

meinschaftlich die Sache. Jeder übt hier, wenn auch in Gemeinschaft mit den anderen Mitbesitzern, die tatsächliche Gewalt über die ganze Sache aus.[18])

Der dem einzelnen zustehende Anteil an dem gemeinschaftlichen Besitze heißt Mitbesitz.[19])

Es bestehen nun zwei Möglichkeiten. Entweder besitzen die mehreren Besitzer nach gedachten Bruchteilen. So beschaffen ist der gemeinschaftliche Besitz der Miteigentümer (§ 1008 BGB.). Oder sie besitzen die Sache zur gesamten Hand, also zu noch unbestimmten Bruchteilen. Solchen Mitbesitz haben die Gesellschafter oder Mitglieder eines nichtrechtsfähigen Vereins (§§ 705, 719, 54 BGB.), die in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten (§§ 1438, 1362 I BGB.), die Miterben an den zur Erbschaft gehörenden Sachen (§ 2032 BGB.).

Der Mitbesitz kann sowohl an beweglichen wie unbeweglichen Sachen vorkommen. Zwei Brüder besitzen zusammen ein Fahrrad, ein Landgut. Der Entwurf I § 817 erwähnte sodann ausdrücklich den gemeinschaftlichen Besitz an einem Teile einer Sache:

„Haben mehrere eine Sache oder einen Teil einer Sache gemeinschaftlich inne . . ."

Im § 866 BGB. wird von einem gemeinschaftlichen Besitz an einem Teile einer Sache nichts erwähnt. Unbedenklich aber wird man annehmen können, daß dies nach BGB. zulässig ist.[20]) So haben, wenn zu

---

[18]) Possessio plurium in solidum ist nach BGB. nicht möglich, d. h. mehreren kann nicht zu gleicher Zeit neben einander die gleiche uneingeschränkte Herrschaft über dieselbe Sache zustehen; vgl. auch Bendix, Privatrecht S. 520.

[19]) Vgl Planck, a. a. O. S. 55. A. A. Wolff, a. a. O. S. 158.

[20]) Vgl. Strohal a. a. O. S. 113, Planck a. a. O. S. 55, Fischer-Henle a. a. O. A. 5 zu § 866.

zwei Mietwohnungen ein gemeinschaftlicher Korridor gehört, die beiden Mieter Mitbesitz an dem Korridor.

Im römischen Recht wurde zwischen possessio und detentio unterschieden. Unter possessio oder juristischem Besitz verstand man einen Besitz, bei dem der Besitzer den animus rem sibi habendi d. h. den Willen, die Sache für sich zu besitzen, hat. Solchen Besitz hat der Eigentümer, aber auch der Dieb. Unter detentio verstand man eine Inhabung, wobei der Inhaber nicht den animus rem sibi, sondern den animus rem alteri habendi hat, d. h. er will die Inhabung nicht ausschließlich in seinem Interesse, sondern in Unterordnung unter einen anderen, den er als Herrn der Sache anerkennt, ausüben. Detentoren waren der Leiher, Mieter, Pächter, Depositar.

Schon das Allgemeine Landrecht, daneben viele andere Partikulargesetzgebungen, z. B. in Sachsen und Österreich, unternahmen eine Umgestaltung des römischen Besitzrechts.

So unterscheidet A. L. R. I. 7. § 1 ff. zwischen Innehabung und Besitz. Inhaber ist derjenige, der lediglich den tatsächlichen Gewahrsam über eine Sache hat. Besitzer ist dagegen, wer eine Sache in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, in Gewahrsam nimmt. Es unterscheidet nun weiter zwischen vollständigem und unvollständigem Besitz. Vollständiger Besitzer ist derjenige, der eine Sache als eigene besitzt (z. B. der Eigentümer, Dieb). Unvollständiger Besitzer ist derjenige, der daneben noch fremdes Eigentum anerkennt (z. B. Pfandgläubiger, Mieter, Pächter, Leiher, Nießbraucher).

Während noch der erste Entwurf zum BGB. die Lehre des gemeinen Rechts von dem Einflusse des Besitzwillens auf das Besitzverhältnis vertrat, indem

es zwischen Inhabung und Besitz unterschied, hat der zweite Entwurf diesen Unterschied beseitigt. Jeder, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt, ist schlechthin Besitzer.

Gleichwohl hat das BGB. die Tatsache, daß jemand eine Sache als eigene haben will, nicht ganz unberücksichtigt gelassen. Wer nämlich eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist nach § 872 BGB. Eigenbesitzer. Charakteristisch für den Eigenbesitz ist der Wille des Besitzers, dem Eigentümer rechtlich gleichgestellt zu sein. Nicht notwendig ist, daß der Eigenbesitzer sich tatsächlich für den Eigentümer hält und sich im guten Glauben befindet. Auch der Dieb und der Räuber sind Eigenbesitzer.

Im Gegensatz zu den Eigenbesitzern stehen diejenigen, die eine Sache als einem andern gehörend besitzen. Sie üben die tatsächliche Gewalt über die Sache zwar selbständig aus, erkennen aber daneben das Eigentum eines anderen an der Sache an. Für sie hat das BGB. keine besondere Bezeichnung. Dernburg[21]) nennt sie Fremdbesitzer und unterscheidet weiter zwischen Verwaltungsbesitzer und Nutzbesitzer. Verwaltungsbesitz liegt vor, wenn er den Besitz „auf Grund eines von ihm in Anspruch genommenen und zum Zweck der unparteiischen Wahrung gegensätzlicher Interessen mehrerer Beteiligter auszuübenden Verwaltungsrechts besitzt".[22]) Verwaltungsbesitzer ist der gerichtlich bestellte Verwalter, der Testamentsvollstrecker, der Gerichtsvollzieher, Konkursverwalter. Verwaltungsbesitzer ist auch der Verwahrer.

[21]) Vgl. Dernburg, Sachenrecht. S. 45; vgl. auch Bekker a. a. O. S. 21.

[22]) Vgl. Strohal a. a. O. S. 15.

Nutzbesitz liegt vor, wenn der Besitzer die Sache zwar nicht als ihm gehörend, aber zu eigenem Vorteile inne hat. Nutzbesitzer ist der Mieter, Pächter, Pfandgläubiger, Nießbraucher, Entleiher. —

Die Umstände müssen nun ergeben, ob die tatsächliche Gewalt einer Person über eine Sache wirklich besteht. Allgemeine Regeln über die Frage, wann sie hergestellt ist, gibt es nicht, sondern die Verkehrsanschauung muß hier entscheiden. Nach einer Richtung hat aber das BGB. eine Grenze gezogen und von dem allgemein aufgestellten Grundsatze, daß jeder, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, auch ihr Besitzer ist, eine Ausnahme gemacht.[23])

§ 855 bestimmt:

Übt Jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der Andere Besitzer.

Nur dem Anderen kommt also Besitz zu, er selbst hat gar keinen Besitz. Um ihm eine Bezeichnung zu geben, hat Bekker[24]) den Ausdruck Besitzdiener für ihn vorgeschlagen. § 855 unterscheidet drei Kategorien von Besitzdienern: solche, die dem Haushalt, solche, die dem Erwerbsgeschäft des Besitzers angehören, und endlich solche, die in einem ähnlichen Verhältnis zum Besitzer stehen, vermöge dessen sie seinen sich auf die Sache beziehenden Weisungen Folge zu leisten haben.

---

[23]) A. A. Planck a. a. O. S. 35.

[24]) Bekker a. a. O. S. 26; Endemann a. a. O. S. 132 nennt ihn Besitzhalter, Strohal a. a. O. S. 5: unselbständiger Inhaber;

Zur ersten Kategorie sind zu rechnen Dienstboten, Lohndiener, Aufwartefrauen. Auch die Familienangehörigen, sowie Verwandte und Bekannte, die nur vorübergehend dem Haushalt angehören, fallen darunter. Der Kutscher, der die Pferde lenkt, die Köchin oder Haushälterin, die Teller, Messer und Gabeln in ihren Händen hat, sie alle sind nicht Besitzer, sondern Besitzdiener.

Zur zweiten Kategorie gehören Lehrlinge, Gesellen, Fabrikarbeiter und Handlungsgehilfen. Da auch der landwirtschaftliche Betrieb als ein Erwerbsgeschäft zu betrachten ist, so gehören hierzu die landwirtschaftlichen Arbeiter. Sie sind Besitzdiener aller Sachen, die ihnen bei ihrer Tätigkeit vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt werden.

Als „ähnliches Verhältnis" ist endlich anzusehen das Abhängigkeitsverhältnis im öffentlichen Dienste. Der Soldat ist nur Besitzdiener der ihm übergebenen Uniformstücke; der Beamte ist nur Besitzdiener der in den Diensträumen befindlichen Sachen.

Charakteristisch scheint für alle diese Personen zu sein, daß sie sich in einem Dienstverhältnis befinden. Gleichwohl ist dies nicht unbedingte Voraussetzung. Denn es trifft nicht zu auf Personen, die sich z. B. besuchsweise bei mir aufhalten. Daß der Besitzdiener den Willen hat, für den anderen zu besitzen, ist nicht erforderlich. Endemann [25]) meint daher mit Recht, statt der Worte „für einen anderen" sollte es besser „eines anderen" heißen. Das Abhängigkeitsverhältnis braucht nur keiner langen Dauer zu sein. Auch der nur für einen Tag angenommene Arbeiter, ein Tagelöhner ist

vgl. noch Wendt a. a. O. S. 42, Biermann a. a. O. S. 6, Dernburg Sachenrecht a. a. O. S. 47.

[25]) Endemann a. a. O. S. 135.

als Besitzdiener zu betrachten. Das Besitzdienerverhältnis liegt ferner auch dann vor, wenn der Besitzer weit entfernt von dem Ort wohnt, wo der Besitzdiener sich aufhält. Man denke an den Fall, daß der Geschäftsherr in London wohnt, während seine Filiale in Berlin sich befindet. Seine Eigenschaft als Besitzdiener endigt auch nicht dadurch, daß er die tatsächliche Gewalt außerhalb der Geschäftsräume ausübt. Man denke an den Handlungsreisenden, der mit den Musterkoffern des Prinzipals im Auslande sich aufhält. Das Besitzdienerverhältnis reicht indes nur soweit, als der Besitzdiener den Weisungen des Herrn wirklich Folge zu leisten hat.[26]) Ein Dienstmädchen bleibt also Besitzerin aller ihm gehörenden Sachen, auch wenn diese sich im Haushalt des Dienstherrn befinden.

Das Abhängigkeitsverhältnis steht nun einer lediglich obligatorischen Gebundenheit nicht gleich. Der Beauftragte, der die tatsächliche Gewalt über eine dem Auftraggeber gehörende Sache ausübt, ist Besitzer und nicht Besitzdiener. Zwar hat der Mandatar den Weisungen des Mandanten Folge zu leisten. Die Befehlsgewalt des Mandanten geht aber nicht soweit, daß er dem Mandatar die Sache einfach wegnehmen darf.

Eine Person kann zu gleicher Zeit Besitzerin und Besitzdienerin sein. Die Köchin ist Besitzdienerin aller Gegenstände, die sich in der Küche befinden. Wird ihr aber eine Sache, über die sich ihre Verfügungsgewalt an sich nicht erstreckt, zur Verwahrung übergeben, so ist sie hinsichtlich dieser Sache Besitzerin.[27])

---

[26]) Vgl. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte: Band 2 S. 149 und Band 8 S. 99.

[27]) Nicht Besitzdiener, sondern Besitzer sind Vormünder, Pfleger hinsichtlich der Sachen, die sie für den Mündel, Pflegling inne

Die Entscheidung der Frage, ob jemand Besitzer einer Sache oder nur Besitzdiener ist, wird manchmal nicht leicht sein. Ausschlaggebend ist dann die Verkehrsanschauung. Mit Recht aber macht Strohal[28]) darauf aufmerksam, daß die Frage, ob es nicht noch andere Fälle unselbständiger Inhabung gebe, durch § 855 nicht verneint, sondern offengelassen werde. Man muß den § 855 auch auf Fälle ausdehnen, in denen die Ausübung der Gewalt jemandem nur ganz vorübergehend, nur innerhalb bestimmter Schranken und nur unter der Aufsicht des Besitzherrn erlaubt ist; z. B. es überläßt der Gastwirt seinen Gästen Zeitungen, Teller, Gabel und Messer, oder ich übergebe einem Dienstmann meinen Koffer, damit er ihn neben mir her zur Bahn trage. —

Während nun BGB. durch § 855 Personen, die tatsächliche Gewalt über Sachen ausüben, die Eigenschaft als Besitzer abspricht, spricht es anderen Personen, die keine tatsächliche Gewalt über Sachen haben, Besitz zu.

§ 868 bestimmt:

Besitzt Jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der Andere Besitzer (mittelbarer Besitz).

Der Nießbraucher, Pfandgläubiger usw. werden

haben, da sie deren Weisungen nicht unbedingt Folge zu leisten haben. Gleiches muß für den Testamentsvollstrecker, Sequester, Konkursverwalter gelten; vgl. Männer a. a. O. S. 91, Wendt a. a. O. S. 61, Dernburg, Sachenrecht a. a. O. S. 53. Hinsichtlich der Organe juristischer Personen vgl. oben S. 14. A. 10.

[28]) Strohal a. a. O. S. 12, ebenso Cosack a. a. O. S. 66, Türk a. a. O. S. 5, A. A. Planck a. a. O. S. 37, Leonhard a. a. O. S. 65, Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 4.

nun, obwohl das Gesetzbuch den Ausdruck nicht enthält, im Gegensatz zum mittelbaren Besitzer unmittelbare Besitzer genannt.

Als solche zählt § 868 Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer auf. Ihnen sollen diejenigen gleichstehen, die in einem ähnlichen Verhältnisse besitzen, vermöge dessen sie auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet sind. Hierher gehören: Entleiher (BGB. § 604), Frachtführer (HGB. § 440), Kommissionär und Lagerhalter (HGB. §§ 397, 421), der Werkmeister, Vormund, Nachlaßpfleger, Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter, Gerichtsvollzieher, der Ehemann bezüglich des eingebrachten Vermögens der Ehefrau, der Vater bezüglich des Kindesvermögens.

In allen diesen Fällen ist an ein und derselben Sache ein doppelter Besitz vorhanden, der unmittelbare Besitz des einen, der mittelbare Besitz des anderen. Ja dies geht noch weiter. § 871 bestimmt nämlich: Steht der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem Verhältnisse der im § 868 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer.

Es kann demnach nicht nur ein Doppelbesitz, sondern ein Besitz von drei, vier und mehr Personen an einer Sache vorkommen. Unter ihnen ist allerdings nur einer unmittelbarer Besitzer, alle anderen sind mittelbare Besitzer ersten, zweiten, dritten usw. Grades.[29]) [30]) Fol-

[29]) Der mittelbare Besitzer kann Eigenbesitzer oder Fremdbesitzer sein. Auch mittelbarer Mitbesitz an einer Sache im ganzen wie an einem Teile einer Sache ist möglich.

[30]) An ein und derselben Sache kannte das römische Recht nur einen Besitz. Verlieh nach römischem Recht A. dem B. ein Buch, so hatte B. als Entleiher detentio, also keinen Besitz. Der Verleiher A. hatte die possessio des Buches. Nach BGB. sind sie beide Besitzer.

gende Voraussetzungen müssen aber erfüllt sein, soll mittelbarer Besitz vorliegen. Wesentlich für die Existenz des mittelbaren Besitzes ist das Vorhandensein eines unmittelbaren Besitzers, „welcher den mittelbaren Besitzer einerseits von der Sache trennt und ihm andererseits doch zugleich wieder den Besitz der Sache vermittelt." Ferner muß der mittelbare Besitzer gegen den unmittelbaren Besitzer einen Anspruch auf Herausgabe der Sache haben. Dies folgt aus § 870:

Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen Anderen übertragen werden, daß diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird.

Endlich muß der mittelbare Besitzer den Besitz der Sache dem unmittelbaren Besitzer auf Zeit überlassen, anvertraut haben, und der unmittelbare Besitzer wieder muß ihn als Besitzherrn anerkennen.[31])

Daraus folgt einmal, daß dem Bestohlenen nicht durch den Dieb der Besitz vermittelt wird, obwohl der Dieb verpflichtet ist, die Sache dem Eigentümer herauszugeben. Auch ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, nicht mittelbarer Besitzer. Durch den eventuellen Herausgabeanspruch wird kein mittelbarer Besitz begründet.[32]) Endlich entsteht dadurch, daß ein Finder eine verlorene Sache in Besitz nimmt, auf Seiten des Verlierers kein mittelbarer Besitz. Zwar ist nach § 966 BGB. der Finder zur Verwahrung der Sache verpflichtet. Durch seinen Besitz vermittelt er aber keineswegs dem Verlierer den Besitz. Der vom Finder erworbene Be-

---

[31]) Vgl. Strohal a. a. O. S. 18.

[32]) Vgl. Gierke a. a. O. S. 217.

sitz ist kein ihm vom Verlierer anvertrauter oder überlassener.[33])

Ist nun der mittelbare Besitzer als wahrer Besitzer anzusehen, gelten insbesondere alle Bestimmungen, die rechtliche Folgen mit dem Besitze verbinden, auch für den mittelbaren Besitzer?

In der zweiten Kommission[34]) wurde die Ansicht vertreten, daß auch der mittelbare Besitz ein wirkliches Besitzverhältnis bilde, daß er die Fähigkeit und die Bestimmung habe, sich nach Ablauf einer gewissen Zeit in unmittelbaren Besitz umzuwandeln, daß er Besitzesschutz genieße und die Grundlage für die Ersitzung und den Fruchterwerb gebe. Von anderen wurde wieder die Ansicht vertreten, daß als Inhaber der tatsächlichen Gewalt, also als Besitzer nur der unmittelbare Besitzer anzusehen sei, und daß der mittelbare Besitzer nur ein schutzwürdiges Interesse daran habe, daß der Gewaltinhaber nicht aus der Lage verdrängt werde, welche nach der Beendigung des zwischen ihm und dem mittelbaren Besitzer bestehenden Verhältnisses dem mittelbaren Besitzer zu Teil werden solle. Später stellte sich die Kommission auf den Standpunkt, daß im mittelbaren Besitze ein wahres Besitzverhältnis nicht liege; der mittelbare Besitz stelle sich als ein Institut von zweifelhaftem juristischem Charakter dar. Man habe zwar beschlossen, in einigen Beziehungen den mittelbaren Besitzer wie einen wirklichen Besitzer zu behandeln, aber diese Vorschriften seien rein positive. Es könne aus ihnen ein zwingender Schluß auf die

---

[33]) Vgl. Strohal a. a. O. S. 23, Gierke a. a. O. S. 217, Planck a. a. O. S 63. A. A. Wendt a. a. O. S. 62.

[34]) Vgl. Protokolle der Kommission Band III Seite 224, Dernburg a. a. O. S. 50, Planck a. a. O. S. 58.

Behandlung des mittelbaren Besitzes als eines wirklichen Besitzverhältnisses nicht gezogen werden.[35])

Soweit die Protokolle. In der Literatur ist die Frage sehr bestritten.

Gierke[36]) hält den mittelbaren Besitz für wahren Besitz, der eine tatsächliche Sachherrschaft begründe, deren Anerkennung als Besitz den Lebensanschauungen entspräche. Darum müßten alle Vorschriften, die für den Besitz gegeben seien, auch für den mittelbaren Besitz gelten, wenn sich nicht aus besonderen Gründen das Gegenteil ergebe.

Gerade den entgegengesetzten Standpunkt nimmt Wendt[37]) ein. Er behauptet, daß, wo das Gesetz in irgend welcher Beziehung vom Besitzer spricht, dann der mittelbare Besitzer niemals mit gemeint sei. Denn der mittelbare Besitz sei in Wirklichkeit nicht das, für was das Wort ihn ausgebe; er sei kein Besitz, wie ihn andere Besitzer hätten, sondern sei nur eine Fiktion.

Das Richtige scheint mir Strohal[38]) zu treffen. Er weist mit Recht darauf hin, daß der mittelbare Besitz ein Besitz anderer Art als der unmittelbare Besitz sei, und daß das, was hinsichtlich des unmittelbaren Besitzes bestimmt sei, nicht ohne weiteres für den mittelbaren Besitz gelten könne. Überall da, wo im Gesetz von Besitz ohne Beisatz die Rede sei, müsse man erst durch Auslegung feststellen, ob und inwieweit sich die Vorschrift auch auf den mittelbaren Besitz beziehe.

---

35) Vgl. auch Denkschrift S. 655.

36) Gierke a. a. O. S. 220, ebenso Fischer-Henle Anm. 1. zu § 868.

37) Wendt a. a. O. S. 48.

38) Strohal a. a. O. S. 29.

Kapitel II.

§ 3.

Allgemeines.

Ein großer Teil der menschlichen Tätigkeit ist auf die Erhaltung des Besitzes gerichtet. Durch schützende Vorrichtungen sucht jeder Mensch das, was er besitzt, zu sichern. Er errichtet deshalb Gebäude, Scheunen und Ställe, um seine Sachen vor den Wirkungen der Naturelemente, vor Feuer und Wasser, Wärme und Kälte zu bewahren. Er umgibt seine Gärten und Felder mit Mauern und Zäunen, um den schädigenden Eingriffen der Tiere vorzubeugen. Und wenn der Angriff von einem Mitmenschen droht, wie dann? Auch gegen seinen Angriff wehrt sich der Mensch mit allen seinen Kräften und sucht seinen Besitzstand aufrechtzuerhalten. Das entspricht der menschlichen Natur. Dazu veranlaßt ihn der Selbsterhaltungstrieb. Ist ihm aber der Besitz einer Sache bereits entzogen, sei es daß er im Kampfe um den Besitz unterlegen ist, sei es daß er ihm heimlich in seiner Abwesenheit fortgenommen ist, so sucht der Besitzer dem Angreifer den Besitz wiederzuentreißen. Er ist bestrebt, die Tat ungeschehen zu machen und den alten Zustand wieder herbeizuführen. Auch das liegt in der menschlichen Natur begründet.[1])

---

[1]) Die Denkschrift (S. 109) äußert sich über den Grund des Besitzschutzes dahin, daß er bestimmt sei, den Rechtsfrieden durch Aufrechterhaltung des äußeren Herrschaftsverhältnisses der Person über die Sache zu bewahren.

Über den Grund des Besitzschutzes und die verschiedenen Meinungen vgl. Dernburg, Pandekten §§ 160. 170, Jhering, Grund des Besitzschutzes.

Nun wäre es in einem geordneten Staatsleben undenkbar, wenn dem Besitzer ein uneingeschränktes Selbstschutzrecht zustände. Einschränkungen müssen bestehen einmal in der Richtung, daß der Besitzer sich nicht gegen jeden Eingriff in seinen Besitzstand zur Wehr setzen darf, sodann, daß es dem Besitzer nicht freistehen kann, seinen Besitz, der ihm entzogen ist, unbeschränkte Zeit hindurch wiederzuerobern.

Suchen wir im folgenden festzustellen, inwieweit BGB. den Selbstschutz anerkennt, gegen welche Angriffe der Besitzer sich schützen darf und gegen welche nicht, und in welchem zeitlichen Umfange ihm das Wiedereroberungsrecht zusteht, wenn der Besitz ihm durch den siegreichen Angriff des Gegners entrissen ist.

§ 4.

Begriff der verbotenen Eigenmacht.

Nicht jeden Eingriff in seinen Besitzstand darf der Besitzer eigenmächtig zurückweisen. Dieses Recht steht ihm nur gegen widerrechtliche Eingriffe zu. Widerrechtliche Eingriffe nennt das Gesetz verbotene Eigenmacht. Die Definition der verbotenen Eigenmacht findet sich im § 858 Abs. I. Hier heißt es:

Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet, widerrechtlich (verbotene Eigenmacht).

Wann liegt nun im einzelnen verbotene Eigenmacht vor?

Zunächst heißt es: Wer[1]) dem „Besitzer" . . . Wir haben im § 2 gesehen, daß BGB. zwischen un-

[1]) Vgl. Staudinger a. a. O. S. 19.

mittelbarem und mittelbarem Besitz unterscheidet. Fraglich ist nun, ob, da § 858 nur allgemein von Besitzer redet, darunter nur der unmittelbare oder auch der mittelbare Besitzer verstanden werden kann. Dies ist von sehr erheblicher Wirkung mit Rücksicht auf § 859, wo es wiederum nur allgemein heißt: Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren. Wenn gegen den mittelbaren Besitzer direkt verbotene Eigenmacht verübt werden kann, so steht ihm auch die Befugnis aus § 859 zu. Über diese Frage sind die Ansichten geteilt. Unbestritten ist, daß gegen den unmittelbaren Besitzer von einem unbeteiligten Dritten, vom Besitzdiener und dem mittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht verübt werden kann.

Streitig ist, ob überhaupt verbotene Eigenmacht auch gegen den mittelbaren Besitzer möglich ist, und von wem sie ausgehen kann.

Die Ansichten teilen sich hier in drei Lager. Die eine Ansicht geht dahin:

Verbotene Eigenmacht kann gegen den mittelbaren Besitzer sowohl von dritten Personen wie vom unmittelbaren Besitzer verübt werden.

So: Gierke a. a. O. S. 250.
Kniep a. a. O. S. 316.
Buhl a. a. O. S. 39.
Bekker a. a. O. S. 68.
Förtsch a. a. O. S. 62.
v. Buchka a. a. O. S. 168.
Fischer-Henle a. a. O. Anmerk. 7 zu § 869.
Eck a. a. O. S. 34.

Die zweite Ansicht geht dahin: Verbotene Eigenmacht kann zwar nicht vom unmittelbaren Besitzer,

wohl aber von dritten Personen direkt gegen den mittelbaren Besitzer verübt werden:

So: Dernburg, Sachenrecht, S. 77.
Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 21.
Siméon a. a. O. S. 542.

Die letzte Ansicht geht dahin: Verbotene Eigenmacht kann seitens dritter Personen oder des unmittelbaren Besitzers gegen den mittelbaren Besitzer nicht verübt werden.

So: Planck a. a. O. S. 68.
Biermann a. a. O. S. 20.
Windscheid-Kipp a. a. O. S. 699.
Haidlen a. a. O. S. 21.
Brandis a. a. O. S. 255.
Bendix, im Recht, S. 71.
Bartels a. a. O. S. 676.
Cosack a. a. O. S. 96.
Bunsen a. a. O. S. 74.
Leske a. a. O. S. 361.
Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 17.
Staudinger a. a. O. S. 38.
Strohal a. a. O. S. 51.
Ostermeyer a. a. O. S. 102.
Türk a. a. O. S. 15.
Isay a. a. O. S. 339.
Matthiaß a. a. O. S. 13.
Männer a. a. O. S. 104.
Randa a. a. O. S. VIII.
Neumann a. a. O. 555.
Turnau-Förster a. a. O. S. 72.
Heilfron a. a. O. S. 84.
Wendt a. a. O. S. 57.

und Reichsgericht, Entscheidungen in Strafsachen Band 36 S. 322 und in Goltdammers Archiv Band 51 S. 191.

Die ganze Streitfrage beruht darauf, daß § 858 nicht ausdrücklich betont, ob unter Besitzer nur der unmittelbare oder auch der mittelbare Besitzer gemeint sein soll, daß § 868 erklärt, der mittelbare Besitzer sei „Auchbesitzer", und § 869 sich nicht ganz bestimmt ausdrückt, wenn er sagt:

Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zu.

Die Vertreter der ersten Ansicht machen nun geltend, daß nach § 868 auch der mittelbare Besitzer Besitzer sei, und daß die §§ 858 ff. schlechthin vom Besitzer sprechen. Sie geben zwar zu, daß § 869 von einem Selbstschutzrecht des mittelbaren Besitzers nichts erwähne', meinen aber, daß § 869 sich darauf beschränke, den Inhalt der Besitzklagen für den Fall näher zu bestimmen, daß sie von dem mittelbaren Besitzer erhoben würden. Die in den Vorarbeiten zum BGB. vertretene Ansicht, die §§ 858, 859 sollen sich nur auf den unmittelbaren Besitzer beziehen, habe im Gesetz selbst keinen Ausdruck gefunden, und darum ständen die Befugnisse aus § 859 unterschiedslos jedem Besitzer zu. Der Umkehrungsschluß, daß, weil im § 869 die Selbsthülfe des mittelbaren Besitzers nicht erwähnt sei, sie ihm auch versagt werden müsse, sei nicht gerechtfertigt. Man weist auch auf das praktische Bedürfnis hin, das erfordere, daß der mittelbare Besitzer einen möglichst ausgiebigen Besitzschutz genieße. Gerade der Eigentümer sei am Schicksal der Sache weit mehr beteiligt als der Entleiher, Verwahrer usw. Es wäre

nicht zweckmäßig, ihm den besonderen Schutz, den gerade der Besitzschutz biete, zu verkümmern.

Nicht jede rechtswidrige Handlung, meint Buhl,[2]) die gegen den Besitzstand des unmittelbaren Besitzers gerichtet sei, sei gegen den mittelbaren Besitzer verübte Eigenmacht. Ob dies der Fall sei, sei Tatfrage. Ein solcher Eingriff könne verbotene Eigenmacht gegen den unmittelbaren und den mittelbaren Besitzer zugleich oder nur gegen den einen von ihnen sein. Er bejaht auch die Frage, ob verbotene Eigenmacht seitens des unmittelbaren Besitzers gegen den mittelbaren Besitzer verübt werden kann. Kann denn der Zimmermieter die mitvermieteten Möbel ohne Erlaubnis des Vermieters aus der Stadtwohnung in die Sommerfrische schaffen lassen, ohne dadurch verbotene Eigenmacht gegen den Vermieter zu begehen? Soweit die erste Ansicht. —

Die Vertreter der zweiten Ansicht meinen, daß gegen den mittelbaren Besitzer sehr wohl von dritter Seite verbotene Eigenmacht verübt werden könne. Die Störung des unmittelbaren Besitzers, behauptet Enneccerus-Lehmann,[3]) enthalte regelmäßig auch eine Störung des mittelbaren Besitzers. Wenn ein Dritter in Abwesenheit des Mieters sich in dessen Wohnung einnistete, so müsse der Vermieter der Wohnung Selbsthülferecht haben, und es läge kein Grund vor, in solchen Fällen ihm den direkten Schutz aus § 859 zu versagen. Dagegen könne der unmittelbare Besitzer keine verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer begehen. Denn die verbotene Eigenmacht, gegen die

---

[2]) Buhl a. a. O. S. 40.

[3]) Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 21.

die Selbsthilfe sich richten soll, sei Störung tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses. Der mittelbare Besitz sei aber lediglich ein rechtliches, kein tatsächliches Herrschaftsverhältnis. Und wo dem mittelbaren Besitzer gewisse Rechte in Bezug auf faktische, tatsächliche Beherrschung zustehen, wie z. B. dem Vermieter das Recht, die Wohnung Mietslustigen zu zeigen, da entspringen diese Rechte nicht seinem Besitzverhältnis zur Sache, sondern seinem Rechtsverhältnis zu deren Inhaber. Ihre Beeinträchtigung durch den letzteren sei keine Besitzstörung. —

Die Vertreter der letzten Ansicht machen mit Recht geltend, daß verbotene Eigenmacht aus folgenden Gründen gegen den mittelbaren Besitzer weder von Seite dritter Personen noch des unmittelbaren Besitzers verübt werden kann. Zunächst sprechen die Vorarbeiten zum BGB. dagegen. In der zweiten Kommission[4]) wurde ausgeführt: Es sei nicht richtig, dem mittelbaren Besitzer selbständige Besitzschutzrechte zu gewähren. Zum Schutze gegen Übergriffe des Besitzers reichten die petitorischen Rechtsmittel aus. Gehe die Verletzung des Besitzes von einem Dritten aus, so sei es zunächst Sache des Besitzers, sich den Besitz wiederzuverschaffen. Gänzlich überflüssig sei es, dem mittelbaren Besitzer auch das dem Besitzer zustehende Selbsthülferecht zu gewähren. (Entwurf II § 815). Die in den §§ 191 ff. des Entwurfs II getroffenen allgemeinen Bestimmungen reichten zum Schutze des mittelbaren Besitzers völlig aus. Die Ansicht, daß man, wenn der mittelbare Besitzer auf die in den §§ 191 ff. gegebenen Rechte beschränkt werde, indirekt zu einer Abänderung

[4]) Protokolle der II. Kommission Band III Seite 226.

des Strafgesetzbuches gelange, sei nicht richtig. Niemand werde daran zweifeln, daß der mittelbare Besitzer so gut wie jeder beliebige Dritte befugt sei, dem Diebe die dem Besitzer entwendete Sache auch auf der Flucht noch wiederabzunehmen.[5])

Aber auch die gesetzlichen Bestimmungen in den §§ 868 und 869 lassen für ein Selbstschutzrecht des mittelbaren Besitzers keinen Raum. § 868 sagt zwar, daß der mittelbare Besitzer auch Besitzer sei. § 869 bestimmt aber:

Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zu.

Mit anderen Worten: Wird von Seiten eines Dritten gegen den unmittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so soll der mittelbare Besitzer auch d. h. ebenso wie der unmittelbare Besitzer berechtigt sein, possessorisch zu klagen. Von einem Selbstschutzrecht des mittelbaren Besitzers wird nichts erwähnt. Weiter ist aber aus der Wortfassung des § 869 zu folgern, daß, wenn von Seiten des unmittelbaren Besitzers oder von Seiten eines Dritten mit Zustimmung des unmittelbaren Besitzers Handlungen vorgenommen werden, die gegen den Willen des mittelbaren Besitzers geschehen, dann dem mittelbaren Besitzer überhaupt kein possessorischer Schutz, sondern nur petitorischer Schutz gewährt wird. Die Handlungen des unmittelbaren Besitzers und des Dritten sind zwar widerrechtlich, aber keine verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858. Das kommt im § 869 wohl genügend zum Ausdruck. Offenbar will § 869 die Rechtsstellung

[5]) Vgl. auch Denkschrift S. 169.

des mittelbaren Besitzers erschöpfend darstellen. Wäre es die Absicht des Gesetzgebers gewesen, dem mittelbaren Besitzer das wichtige Recht des Selbstschutzes zu gewähren, sowohl gegen Dritte wie gegen den unmittelbaren Besitzer, so hätte dies im Gesetz unbedingt zum Ausdruck kommen müssen.[6])

Greifen wir auch auf den Vorschlag Strohals zurück: Im Zweifelsfalle müsse durch Auslegung festgestellt werden, ob unter dem Wort Besitzer nur der unmittelbare oder auch der mittelbare Besitzer gemeint sei. Mir scheint begrifflich ein direkter Eingriff in den Besitzstand des mittelbaren Besitzers ausgeschlossen. Die §§ 858, 859 gehören eben zu den Gesetzesbestimmungen, die nur auf den unmittelbaren Besitzer passen. Mit Recht weist auch Planck[7]) darauf hin, aus den §§ 858—64 folge, daß unter dem nach diesen Vorschriften geschützten Besitzer, abweichend von der Regel des § 868, nur der unmittelbare Besitzer, nicht auch der mittelbare Besitzer verstanden werden könne. Voraussetzung des Besitzschutzes sei verbotene Eigenmacht. Diese erfordere aber begrifflich ein Handeln ohne Willen des unmittelbaren Besitzers. Ob daher verbotene Eigenmacht vorliegt, ist einzig und allein aus der Person des unmittelbaren Besitzers zu entscheiden.

Zum Schluß will ich noch ein weiteres Bedenken geltend machen, das Selbstschutzrecht dem mittelbaren Besitzer zu gewähren. Wie wir im § 2 gesehen haben, kann es an einer Sache nur einen unmittelbaren Besitz, dagegen einen mittelbaren Besitz ersten, zweiten, dritten und mehr Grades geben. Soll man nun wirk-

[6]) Ebenso Staudinger a. a. O. S. 39, Cosack a. a. O. S. 96.

[7]) Planck a. a. O. S. 68, vgl. auch Bendix im Recht, S. 71, Goldmann-Lilienthal, S. 15, Strohal a. a. O. S. 51.

lich allen diesen Besitzern ein Selbstschutzrecht gewähren? Und wie dann, wenn die mittelbaren Besitzer selber untereinander nicht einig sind. Nehmen wir an: A hat an B ein Buch geliehen. B hat es weiter an C, C hat es weiter an D verliehen. D will es weiter an E verleihen. C verweigert, A und B geben ihre Zustimmung. Zu welchen Verwickelungen muß es führen, wenn man nun dem C ein Selbstschutzrecht gegen D gewähren wollte, während A und B ihre Zustimmung zu dem Weiterverleihen des Buches an E gegeben haben.

Als Resultat unserer bisherigen Betrachtung ergeben sich folgende Grundsätze:

1. Unter Besitzer ist im § 858 nur der unmittelbare Besitzer zu verstehen.
2. Verbotene Eigenmacht kann gegen den unmittelbaren Besitzer verübt werden:
   a) von einem dritten Nichtbesitzer.
   b) von seinem Besitzdiener.
   c) vom mittelbaren Besitzer.
3. Verbotene Eigenmacht kann der unmittelbare Besitzer begehen weder
   a) gegen den Besitzdiener, noch
   b) gegen den mittelbaren Besitzer.

Verbotene Eigenmacht kann aber grundsätzlich gegen jeden unmittelbaren Besitzer verübt werden. Es macht keinen Unterschied, ob er Eigenbesitzer oder Fremdbesitzer ist, ob sein Besitz auf einem dinglichen oder obligatorischen Rechtsverhältnis beruht, ob er berechtigter Weise oder fehlerhaft besitzt. Gleichgültig ist es, ob er Alleinbesitzer, Teil- oder Mitbesitzer ist. Da die Besitzfähigkeit natürlichen wie juristischen Personen

zukommt, so kann verbotene Eigenmacht gegen natürliche wie juristische Personen verübt werden.

Das Wesen der verbotenen Eigenmacht beruht darin, daß der Besitz einer Person an einer Sache gestört oder ihr entzogen wird. Der Unterschied zwischen Besitzentziehung und Besitzstörung liegt darin, daß durch die Besitzentziehung der Besitz einer Person vollständig aufgehoben wird und an ihre Stelle ein anderer Besitzer tritt. Bei Besitzstörungen wird dagegen die tatsächliche Herrschaft der Person über die Sache durch die Handlung des Dritten nicht aufgehoben, sondern nur beeinträchtigt. Dies geschieht entweder dadurch, daß durch die Besitzstörung der Umfang der Herrschaft gemindert oder ihre Fortdauer gefährdet wird. Während früher der Besitz ein ruhiger, rechtsbefriedeter war, ist er jetzt ein beunruhigter, ein gestörter.[8]) Im allgemeinen wird man sagen können, daß eine Besitzstörung häufiger bei Grundstücken als bei beweglichen Sachen, und eine Besitzentziehung häufiger bei beweglichen Sachen als bei Grundstücken vorkommt. Besitzstörung bei beweglichen Sachen wird deshalb seltener sein, weil die Besitzstörung in den meisten Fällen sich als Besitzentziehung gestalten wird; Besitzentziehung bei beweglichen Sachen deshalb häufiger, weil die Gelegenheit, sich einer fremden beweglichen Sache zu bemächtigen, sich viel öfter bieten wird als bei Grundstücken.[9])

Der Begriff Besitzentziehung ist einfach: Besitzver-

---

[8]) Vgl. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 4 S. 290.

[9]) Mit Recht sagt Gierke a. a. O. S. 244, daß der Liegenschaftsbesitz seiner Natur nach zäher ist. Er weist auch darauf hin, daß § 859 schon durch die Wortfassung andeutet, daß zwischen dem Wegnehmen einer beweglichen Sache und der Entziehung des Grundbesitzes ein Unterschied besteht.

lust auf der einen Seite, Besitzerwerb auf der anderen Seite. Schwieriger ist der Begriff Besitzstörung.[10]) Sie wird sich verschieden gestalten je nach der Absicht des Störenden, verschieden auch dann, wenn der Angriff ein persönlicher oder sachlicher ist. Die Absicht des Störers kann einmal dahin gehen, den Besitz dem Besitzer ganz oder teilweise zu entziehen, sei es, um den Besitz sich oder Dritten zuzuwenden, sei es, um durch Vernichtung der Sache den Besitzer nur zu schädigen. Die Absicht des Störers kann aber auch dahin gehen, durch seine störenden Handlungen den Besitz nur zu beunruhigen. A reitet täglich über einen dem B gehörenden Weg. Endlich kann die Absicht des Störers garnicht auf Besitzentziehung oder Besitzbeunruhigung gerichtet sein. A reitet über den Weg des B in dem Glauben, der Weg gehöre ihm. Die Besitzstörung ist entweder eine persönliche, A betritt selbst das Grundstück des B; oder eine sachliche, A wirft Unrat auf das Grundstück des B; oder gleichzeitig eine persönliche und sachliche, A fährt mit seinem Wagen über das Grundstück des B. Die Störungen sind dauernde oder vorübergehende; dauernd, wenn A eine Dachrinne so anlegt, daß sie in das Grundstück des B hineinragt; vorübergehend, wenn A einmal das Grundstück des B betritt, um Wasser zu holen. Die störende Handlung des Dritten kann sich lediglich gegen die Sache richten, sie kann sich aber gleichzeitig gegen Person und Sache wenden. A versucht mit Gewalt dem B die Uhr aus der Tasche zu ziehen. Sie kann endlich in Gegenwart oder in Abwesenheit des Besitzers,

---

[10]) Vgl. Protokolle Bd. III S. 44, Motive Bd. III S. 125, Denkschrift S. 165.

unter Anwendung von Gewalt und ohne solche erfolgen.[11]) —

Jede Handlung eines Dritten, die gegen bestehenden Besitz des unmittelbaren Besitzers gerichtet ist und ohne seinen Willen und ohne gesetzliche Gestattung erfolgt, ist nun grundsätzlich verbotene Eigenmacht. Der Besitzer muß tatsächlich noch den Besitz der Sache haben. Wenn also der Finder die verlorene Sache an sich nimmt, so liegt hierin keine verbotene Eigenmacht, mag die Besitzergreifung auch gegen den Willen des Verlierers erfolgen.[12]) Keine verbotene Eigenmacht liegt ferner vor, wenn das Gesetz die Entziehung oder die Störung des Besitzes gestattet. In diesen Fällen darf der Besitzer den Handlungen dritter Personen, die sich als Akte erlaubter Selbsthilfe darstellen, nicht hindernd in den Weg treten. Er muß dulden, daß ihm sein Besitz gestört oder entzogen wird, will er sich nicht zivilrechtlich oder strafrechtlich verantwortlich machen. Das Selbstschutzrecht des § 858 steht ihm in diesen Fällen ausnahmsweise nicht zu.

Im § 858 heißt es ganz allgemein: sofern nicht das Gesetz usw. Unter Gesetz im Sinne des BGB. und des Einführungsgesetzes wird jede Rechtsnorm verstanden.[13])

Hierher gehören also nicht nur die Fälle, wo das BGB. einen unmittelbaren Eingriff gestattet, sondern

---

[11]) In den Handlungen verbotener Eigenmacht sind die vi aut clam facta enthalten. Wer aber eine Sache precario besitzt, besitzt nicht fehlerhaft. Wenn A dem B eine Sache precario überläßt, ist B unmittelbarer, A mittelbarer Besitzer; vgl. Leske a. a. O. Seite 360.

[12]) Ebenso Bartels a. a. O. S. 674, Staudinger a. a. O. S. 19.

[13]) Artikel 2 des Einführungsgesetzes zum BGB.

auch die Fälle, in denen auf Grund des öffentlichen Rechts gegen den Besitzer vorgegangen werden kann.

Nach BGB. sind nun Eingriffe in den Besitzstand eines anderen unmittelbar gestattet auf Grund der §§ 227,[14]) 228,[15]) 229,[16]) 561, 704, 859 Abs. II und III, 904, 910, 965.

Nach Allgemeinem Landrecht, dessen Bestimmungen nach Artikel 89 EG. zum BGB. aufrechterhalten sind, auf Grund der §§ 413—465, I 14 und der §§ 77—88, 96 Nr. 2 des preußischen Feld- und Forstpolizeigesetzes vom 1. April 1880.

Nach der Konkursordnung auf Grund des § 117.

Nach der Zivilprozeßordnung auf Grund der §§ 758, 803, 808, 883—88.

Nach der Strafprozeßordnung auf Grund der §§ 94 ff.

Verbotene Eigenmacht liegt auch dann nicht vor, wenn der Besitz auf Grund einer polizeilichen Verfügung entzogen wird.[17]) Ein allgemeines Recht der Staatsgewalt, in den Besitz einzugreifen, besteht aber nicht.[18])

Den Fällen, wo das Gesetz den Eingriff in den Besitz unmittelbar gestattet, sind nun die Fälle nicht gleichzustellen, in denen jemand auf Grund des Ge-

---

[14]) Vgl. Reichsgericht in Strafsachen, Band 35 Seite 406.

[15]) Vgl. Deutsche Juristenzeitung, Jahrgang 1902 S. 152.

[16]) Vgl. Reichsgericht in Strafsachen, Band 33 Seite 249.

[17]) Vgl. Striethorst Archiv, Bd. 61 S. 175, Bd. 72 S. 323, Bd. 90 S. 325. Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 72 S. 273, Bd. 78 S. 239.

[18]) Vgl. auch Preuß. Verfassung, Artikel 6 und 9. Strieth. Arch., Bd. 61 S. 175. Obertribunal. Bd. 51 S. 97. Juristische Wochenschrift, Jahrgang 1896 S. 14.

setzes nur ein Recht zum Besitz hat.[19]) Wer auf Grund dieses seines Rechts gegen den Besitzer vorgeht, macht sich ebenso wie der Dieb verbotener Eigenmacht schuldig (vgl. §§ 867, 1036, 1373, 2205 BGB.). Keine verbotene Eigenmacht liegt sodann vor, wenn die Entziehung oder die Störung mit Willen des Besitzers erfolgt. Maßgebend ist hier nur der Wille des unmittelbaren Besitzers. Da aber ein rechtlich wirksamer Willensakt vorausgesetzt wird, so kann nur der Wille eines unbeschränkt geschäftsfähigen Besitzers als rechtserheblich in Betracht kommen.[20])

Unerheblich ist der Wille einer beschränkt geschäftsfähigen oder geschäftsunfähigen Person. Gestatten diese ohne Genehmigung ihres gesetzlichen Vertreters einem Dritten eine Besitzstörung oder Besitzentziehung, so liegt gleichwohl verbotene Eigenmacht vor.[21])

Die Einwilligung kann ausdrücklich oder stillschweigend, sie kann auch im voraus vertraglich erteilt werden. So kann der Mieter dem Vermieter die Befugnis einräumen, die Mietwohnung nach Belieben betreten zu können. Widerruft aber der Mieter eines Tages seine Zustimmung, dann darf der Vermieter, sich auf die Verabredung stützend, nicht eigenmächtig den Eintritt in die Wohnung erzwingen wollen. Er würde verbotene

---

[19]) Vgl. Planck a. a. O. Nr. 2 zu § 1373, Neumann a. a. O. S. 545. A. A.: Buhl a. a. O. S. 33, Bartels a. a. O. S. 674, Kniep a. a. O. S. 312, Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 15.

[20]) Ebenso Dernburg, Sachenrecht S. 71, Planck a. a. O. S. 43, Kniep a. a. O. S. 312, Fischer-Henle a. a. O. Anm. 2 zu § 858.

[21]) Dernburg a a. O. S. 71 wirft hier die Frage auf, ob nicht, da in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte, z. B. Kinder selbständig Besitz erwerben können, ihre Zustimmung zur Wegnahme dieser Sachen durch einen Dritten genüge. Er bejaht sie m. E. mit Recht. Ebenso Kniep a. a. O. S. 312.

Eigenmacht begehen. Dies ist außer bei Mietverträgen für die Abzahlungsgeschäfte sehr wichtig.

Diese Verträge enthalten oft die Klausel, daß der Verkäufer bei nicht pünktlicher Zahlung der Kaufpreisraten berechtigt ist, die verkauften Sachen eigenmächtig zurückzunehmen. Widerspricht nun der Käufer der eigenmächtigen Wegnahme, so nützt dem Verkäufer diese Klausel nichts. Die vorherige Zustimmung ist nur wirksam, wenn sie noch im Augenblick des Eingriffs in den Besitzstand vorhanden ist.[22])

Ohne den Willen des Besitzers erfolgt die Besitzentziehung oder Störung, wenn er ihr ausdrücklich widerspricht. Dies liegt aber auch vor, wenn er ihr nicht zustimmt oder wenn sie ohne sein Wissen erfolgt.[23]) Erfolgt sie aber ohne seinen Willen oder ohne sein Wissen, so liegt objektiv eine widerrechtliche Handlung vor. Zum Begriff der verbotenen Eigenmacht gehört nicht, daß derjenige, der den Eingriff in den Besitz eines andern begeht, subjektiv widerrechtlich, also schuldhaft handelt.[24]) Die Denkschrift bemerkt hierzu: „Zum Begriff der verbotenen Eigenmacht gehört nicht, daß der Besitz vorsätzlich oder fahrlässig entzogen oder gestört wird." Und die Motive[25]) erklären: „Es wird nicht verlangt, daß das im § 858

---

[22]) Ebenso Planck a. a. O. S. 43, Heilfron a. a. O. S. 78, vgl. Juristische Wochenschrift, Jahrgang 1897 Seite 477 und 1904 Seite 361.

[23]) Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Bd. III S. 26.

[24]) Vgl. Dernburg, Sachenrecht S. 69, Bartels a. a. O. S. 675, Protokolle, Band III S. 36. Reichsgericht in Zivilsachen, Band 55, S. 57. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Band 6, S. 254, Juristische Wochenschrift 1904, S. 361. A. A. Bunsen a. a. O. Seite 71.

[25]) Motive, Band III S. 110.

enthaltene Verbot in schuldhafter Weise übertreten wird, sondern nur, daß so gehandelt ist, wie bei Unterstellung der vollen Zurechnung der Handlung und der Abwesenheit eines jeden entschuldbaren Irrtums nicht hätte gehandelt werden sollen."

Ein Geisteskranker begeht ebenso wie ein Geistignormaler verbotene Eigenmacht, wenn er einem anderen den Besitz entzieht.

Verbotene Eigenmacht begeht auch, wer im guten Glauben dem Besitzer die Sache wegnimmt, wer irrtümlich glaubt, sein Vorgehen gegen den Besitzer sei entweder vom Gesetz oder von diesem selbst erlaubt. Unerheblich ist auch, ob er eine Störung des Besitzers wirklich beabsichtigt oder als Folge seiner Handlung voraussieht.[26])

Den durch verbotene Eigenmacht erlangten Besitz nennt BGB. fehlerhaft. Die Fehlerhaftigkeit muß der Nachfolger im Besitze gegen sich gelten lassen, wenn er Erbe des Besitzers ist oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kennt (§ 858 II BGB.). Fehlerhaft besitzt demnach einmal, wer den Besitz unmittelbar durch verbotene Eigenmacht erlangt hat. Fehlerhaft besitzt aber weiter der Besitznachfolger dieses ersten fehlerhaften Besitzers und seine sämtlichen Nachfolger, wenn sie bei dem Erwerbe wissen, daß der Besitz ihres Vorgängers fehlerhaft ist. Nicht fehlerhaft besitzt also, wer beim Erwerbe von der Fehlerhaftigkeit keine Kenntnis hat; ebenso wer infolge grober Fahrlässigkeit die Fehlerhaftigkeit nicht erkannt hat. Auch spätere Kenntniserlangung von der verbotenen Eigenmacht macht seinen Besitz nicht fehlerhaft.

---

[26]) Vgl. Männer a. a. O. S. 102, Leonhard a. a. O. S. 102.

Der Besitz geht nach § 857 auf den Erben über, d. h. der Erbe erlangt im Augenblicke des Todes des Erblassers unmittelbaren bezw. mittelbaren Besitz an allen Sachen, die im unmittelbaren oder mittelbaren Besitz des Erblassers gestanden haben. Ist nun der Erblasser hinsichtlich einer zur Erbschaft gehörenden Sache fehlerhafter Besitzer gewesen, d. h. hat er selbst sie durch verbotene Eigenmacht erlangt oder ist er fehlerhafter Besitznachfolger gewesen, so ist auch sein Erbe hinsichtlich ihrer fehlerhafter Besitzer, ohne Rücksicht darauf, ob er von der Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Erblassers Kenntnis hat oder nicht.

Die Fehlerhaftigkeit ist nur eine relative Eigenschaft d. h. nur dem wahren Besitzer und dessen Rechtsnachfolgern gegenüber besitzt man fehlerhaft; jedem Dritten gegenüber ist man vollberechtigter Besitzer.[27])

Wie Planck[28]) mit Recht sagt, enthält § 858 I ein den Schutz des Besitzers bezweckendes Gesetz. Vim ne facias possidenti heißt der allgemeine Grundsatz. Wer nun den Besitzer ohne dessen Willen und ohne gesetzliche Gestattung im Besitze stört, handelt widerrechtlich. Das Wort „widerrechtlich" ist aber nicht so auszulegen, daß eine solche störende Handlung immer zu Schadensersatz verpflichte. Eine Schadensersatzpflicht tritt nach § 823 Abs. II erst dann ein, wenn der eigenmächtig handelnde in schuldhafter Weise d. h. vorsätzlich oder fahrlässig in den Besitzstand eines anderen eingegriffen hat.[29])

---

[27]) Ebenso Planck a. a. O. S. 44, Kniep a. a. O. S. 426, Bekker a. a. O. S. 48.

[28]) Planck a. a. O. S. 44.

[29]) Ebenso Bartels a. a. O. S. 675, vgl. auch Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 15; Motive III, S. 110. Der eigen-

§ 5.

Der Selbstschutz des Alleinbesitzers.

A. Allgemeines.

Wir haben im § 4 festgestellt, daß unter Besitzer in den §§ 858, 859 nur der unmittelbare, nicht der mittelbare Besitzer verstanden werden kann. Der Besitzer kann nun entweder Alleinbesitzer, Teilbesitzer oder Mitbesitzer sein. Wir wollen in diesem Paragraphen zunächst den Selbstschutz des Alleinbesitzers behandeln. Wenn im folgenden vom Besitzer die Rede ist, so verstehen wir immer den unmittelbaren Alleinbesitzer darunter.

Unter Selbstschutz des Besitzers verstehen wir zweierlei, einmal das Recht, jeden Eingriff dritter Personen in den Besitzstand abzuwehren.

Wir wollen dieses Recht das Abwehrrecht des Besitzers nennen. Sodann verstehen wir darunter das Recht, Besitz, der ihm von dritten Personen weggenommen ist, sich wieder zu verschaffen. Wir wollen dieses Recht das Selbsthülferecht des Besitzers nennen.

Seinen Besitz schützen heißt selbst handelnd vorgehen. Diese Fähigkeit kommt nur den Menschen zu, sie ist den juristischen Personen versagt. Für sie handeln ihre gesetzlichen Vertreter. Wird also rechtswidrig in den Besitzstand einer juristischen Person eingegriffen, dann sind die gesetzlichen Vertreter berechtigt, das Selbstschutzrecht auszuüben. Ihre Handlungen gelten dann als Handlungen der juristischen Person selbst.

---

mächtig Handelnde macht sich unter Umständen auch strafbar. Der Vermieter macht sich des Hausfriedensbruchs schuldig, wenn er auf die Aufforderung des Mieters die Mietswohnung nicht verläßt.

B. Das Abwehrrecht des Besitzers.

1. Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren (§ 859 Abs. I).

Dieser Gedanke ist keine Neuschöpfung des BGB. Schon im ältesten römischen Recht wurde das Recht des Besitzers, seinen Besitz zu schützen, anerkannt.

Den Satz l 1 § 27 de vi 43, 16: vim vi repellere licet, der ursprünglich sich nur auf Angriffe, die gegen die Person gerichtet waren, bezogen hat, haben die römischen Juristen auch auf die Besitzverteidigung sowohl beweglicher wie unbeweglicher Sachen bezogen.[1]) Das „licere" weist darauf hin, daß der Widerstand, den der Besitzer einem Angriff entgegensetzt, als berechtigt gilt und weder kriminelle noch zivile Haftung zur Folge hat. Im justinianeischen Recht wurde dieses Recht des Besitzers noch einmal in l 1 C unde vi 8, 4 ausgesprochen.

Diocletianus et Maximianus. Recte possidenti ad defendendam possessionem quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet.

Der Begriff der Selbstverteidigung wurde ausgedehnt auf die unmittelbare Wiedererlangung des eben Abgenommenen, da in diesen Fällen Angriff und Selbstverteidigung als ein Akt erscheint.[2]) Der Besitzer muß hier aber in continenti, in ipso congressu handeln, wie die Stelle l 3 § 9 D 43, 16 beweist:

---

[1]) Vgl. noch l 45 pr. D ad legem Aquiliam 9,2; l 4 D ad legem Aquiliam 9,2; l 3 D de iustitia et iure 1,1.

Wendt, Faustrecht S. 111, Titze a. a. O. S. 51, Kniep a. a. O. S. 308; vgl. aber Pernice a. a. O. S. 26.

[2]) Vgl. Randa a. a. O S. 154, Anm. 8, Wendt, Faustrecht a. a. O. S. 114.

Eum igitur, qui cum armis venit possumus armis repellere, sed hoc confestim non ex intervallo, dum modo sciamus non solum resistere permissum ne deiciatur, sed etsi deiectus quis fuerit, eundem deicere non ex intervallo, sed ex continenti.[3])

Im kanonischen Recht ist die Befugnis des Besitzers, seinen Besitz zu verteidigen, anerkannt in cap. 6 in VI de sent. excommun. 5, 11: praeterea cum omnes leges omniaque iura vim vi repellere cunctisque sese defensare permittant, licuit utique ipsi Decano (si praedictus Ballivus eum bonis suis mundanis iniuriose spoliare, vel ea violenter occupare praesumpserit, ut superius est expressum) contra illius violentiam iniuriamque se tueri.[4])

Auch im deutschen Recht galt das Vermögen als wehrhaftes Gut. Die Gewere soll nicht eigenmächtig gebrochen werden. Sie gibt dem Inhaber das Recht zur Selbstverteidigung selbst unter Anwendung von Gewalt.[5])

---

[3]) Im gemeinen Recht war es streitig, ob der detentor zur Selbstverteidigung gegen den juristischen Besitzer berechtigt ist. Nach der herrschenden Ansicht ist der detentor dem possessor gegenüber schutzlos. Dieser kann ihm jederzeit die Sache wegnehmen; vgl. aber Savigny a. a. O. S. 17, Titze a. a. O. S. 75.

[4]) Nach Kap. 10 X de hom. vol. vel cas. 5,12 verfällt aber derjenige, der einen Menschen bei der Verteidigung des Besitzes tötet, der Irregularität. Als Glosse finden sich die Worte: ex hoc § colligitur aperte non licere clericis occidere latrones pro rebus conservandis; vgl. Titze a. a. O. S. 59.

[5]) Vgl. Weiland, Constitutiones II, 1896, S. 395 Renovatio pacis antiquae Saxonicae 1223 c. 11. Weiland II, 400, Pax generalis 1224 c. 12. Urkunde von 1250 bei Möser Osnab. Gesch. Ausg. von 1843 Docum Nr. 321. Peinl. Gerichtsordng. a. 150. Sachsenspiegel II a. 24 § 1, a. 36 § 8, a. 70, a. 83, Sachsen-

2. Nach BGB. § 859 I darf der Besitzer sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren. Damit wird dem Besitzer ein Abwehrrecht im weiten Umfange zugesprochen. Dieses Recht ist nicht subsidiärer Natur. Es darf dem Besitzer nicht zugemutet werden, in feiger Weise dem Angriffe des Dritten nachzugeben. Auch ist er nicht verpflichtet, vorher die Hülfe der Obrigkeit anzurufen. Er ist sofort zur Abwehr berechtigt. Ein Faustrecht ist damit geschaffen, wie es dem deutschen Volkscharakter entspricht.[6])

Das BGB. geht viel weiter als das Allgemeine Landrecht. Dieses gestattete dem Besitzer nur in sehr vorsichtiger Weise Selbstschutz, indem es im § 141 I, 7 bestimmte:

Gegen Gewalt muß jeder Inhaber und Besitzer geschützt werden.

§ 142: Er ist berechtigt, Gewalt mit Gewalt abzuwehren, wenn die Hülfe des Staates zu spät kommen würde, um einen unersetzlichen Verlust abzuwenden.[7]) Das BGB. kennt diese Einschränkung nicht.

Man hat nun behauptet, § 859 Absatz I sei vollkommen überflüssig, da sein Inhalt sich mit dem des § 227 decke. So behauptet Titze:[8]) „§ 859 I enthalte

---

spiegel Lehnrecht 38 § 4; Ssp. III 82 § 2, Schwabenspiegel a. 194; vgl. Gierke a. a. O. S. 203, Brunner a a O S. 169, Stobbe a a. O. S. 193, Heusler a a. O. S. 43.

[6]) Dernburg, Sachenrecht S. 73 fürchtet, § 859 lege die Gefahr von Privatfehden in aufgeregten Zeiten nahe.

[7]) Vgl. noch Sächs. Gesetzb. § 181, Bayr. LR. II 58 Nr. 1. Oesterr. GB. § 344, Züricher GB. § 77, Schweiz. Entw. § 968.

[8]) Titze a. a. O. S. 75, ebenso Planck a. a. O. S. 45, Wendt, mittelbarer Besitz S. 58, Neumann a. a. O. S. 546, Bunsen a. a. O. S. 73, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 689, Buhl a. a. O. S. 34, Brandis a. a. O. Bemerk. 1 zu § 859. Vorsichtig drückt sich Bier-

weiter nichts als die spezielle Anwendung eines im § 227 ganz allgemein aufgestellten Notwehrrechts auf ein einzelnes Rechtsgut. Es sei in keiner Weise ersichtlich, inwiefern § 859 I etwa für die Verteidigung des Besitzers ein über die sonstigen Befugnisse der Notwehr hinausgehendes Recht zur Gewaltanwendung erteile, zumal da doch die verbotene Eigenmacht, gegen die der Besitzer sich wehren dürfe, nichts anders sei, als was § 227 mit dem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff bezeichne". Und weiter meint Bekker:[9]) „die Notwehr sei ein allgemeines Recht und ein solches unter den Rechten des Besitzers ausdrücklich aufzuführen, sei überflüssig und gefährlich zugleich, weil überflüssiges im Gesetzbuch nicht vermutet wird und leicht zu Mißdeutungen führt".

Suchen wir festzustellen, wieweit die Behauptung, § 859 I sei überflüssig, auf Wahrheit beruht.

Der § 227 BGB. bestimmt: Eine durch Notwehr gebotene Handlung ist nicht widerrechtlich.

Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Anderen abzuwenden.

Der § 227 II ist dem § 53 II des Strafgesetzbuches nun wörtlich nachgebildet. In beiden Fällen heißt es „von sich oder einem Anderen", nicht ist hinzugefügt: von seinen oder des Anderen Sachen. Gleichwohl hat das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen für das Strafrecht die Besitznotwehr anerkannt. Maßgebend ist besonders die Entscheidung, die sich im 21. Band Seite 170 findet:

---

mann a. a. O. S. 10 aus: § 859 geht über die Notwehr kaum hinaus; vgl. auch Endemann a. a. O. S. 174.

[9]) Bekker a. a. O. S. 11.

„Der § 53 StGB. hat nicht bloß einen gegen die Person eines Anderen geführten Angriff, sondern, wie die Allgemeinheit der Fassung zeigt und die Motive ausdrücklich hervorheben, jeden Angriff auf Leib, Leben, Ehre oder Vermögensgegenstände, jeden Eingriff in die Rechtssphäre eines anderen im Auge."

Diese Auslegung hat man nun mit Recht auf § 227 BGB. angewandt. Dafür spricht einmal die wörtliche Nachbildung. Aber auch die Motive[10]) führen aus: „Die Abwehr eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs muß privatrechtlich zulässig sein und es leuchtet ein, wie groß der Gewinn ist, welchen die völlige Übereinstimmung mit dem Strafrecht bietet. Erreicht wird namentlich, daß alle Einzelfragen, die sich erheben, für das Strafrecht und Privatrecht einheitlicher Erledigung zugeführt werden."

Auch nach § 227 BGB. ist somit der Besitz ein wehrhaftes Gut.[11]) Wird ein Angriff auf den Besitzstand eines Anderen ausgeführt, sei es zwecks Störung, sei es zwecks Entziehung, dann ist, soweit der Angriff

[10]) Motive Band I, S. 349, vgl. auch Denkschrift S. 58.

[11]) Gegen diese Ansicht wendet sich Neubecker in der Deutschen Juristenzeitung 1905 S. 148 ff. Er behauptet, Notwehr gebe es nur bei Angriffen auf die Person oder den Besitz. Die Personennotwehr regele sich nach § 227, die Besitznotwehr nach § 859 I. Jeder könne nach § 227 einen Angriff von seiner Person oder von der Person eines Anderen abwehren. Der Besitzer dürfe sich nach § 859 verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren. Einem Nichtbesitzer stehe dies Recht aber nicht zu. Die Ansicht von Neubecker scheint mir unhaltbar zu sein. Es liegt kein ersichtlicher Grund vor, die Worte im § 227 „von sich oder einem Anderen" anders auszulegen, als es bisher Theorie und Praxis getan haben; vgl gegen Neubecker Eltzbacher in der Deutschen Juristenzeitung 1905, S. 239.

ein gegenwärtiger rechtswidriger ist, der Besitzer, aber auch jeder Dritte berechtigt, diesen Angriff auf Grund § 227 mit Gewalt abzuwenden. Genau das gleiche Recht steht nun nach § 859 I dem unmittelbaren Besitzer noch einmal zu. Insoweit ist allerdings § 859 I überflüssig.

Fraglich ist nur, ob, wenn zwar auch der Inhalt des § 859 I im § 227 mitenthalten ist, § 859 I nicht die Rechte des unmittelbaren Besitzers erweitert. Man kann dies annehmen, einmal weil das BGB. das Abwehrrecht des Besitzers so ganz selbständig im Sachenrecht hinstellt, sodann weil man nicht vermuten kann, daß der Gesetzgeber im § 859 I etwas vollkommen Überflüssiges gesagt hat. Um diese Frage klarzustellen, ist zu untersuchen, ob der Inhalt des Notwehrrechts sich mit dem Inhalt des Rechts, verbotene Eigenmacht abzuwehren, deckt. Notwehr ist nur gegen einen gegenwärtigen Angriff zulässig. Nur solange dieser dauert, kann Notwehr rechtmäßig ausgeübt werden. Sie ist unzulässig gegen einen Angriff, der erst droht oder bereits beendet ist.[12])

Verbotene Eigenmacht kann gegenwärtiger Angriff sein. Wir haben nun oben erörtert, wie verschieden eine Besitzstörung sich gestalten kann. Der Eingriff kann ein persönlicher oder sachlicher, ein vorübergehender oder dauernder sein; dauernd dann, wenn der Nachbar in meinen Garten Unrat wirft oder nachts an meiner Mauer Anschläge zu Reklamezwecken anbringt. Ist der Besitzer berechtigt, den Unrat wieder in des Nachbars Garten zurückzuwerfen, die Anschläge abzureißen? Auf Grund des § 227 kann

[12]) Vgl. Juristische Wochenschrift 1905, S. 14.

er dies nicht, da ein gegenwärtiger Angriff nicht mehr vorliegt. Wohl aber auf Grund des § 859 I. Cosack[13]) trägt freilich Bedenken; er meint, der Zweifelspunkt sei namentlich, weil für diese Art Selbsthilfe eine Fristbestimmung fehle.

Dagegen gestatten Planck[14]) und andere dem Besitzer, eine solche störende Anlage zu beseitigen. Sie geben ihm aber nicht Recht dazu auf Grund des § 859 I, sondern sehen hierin einen analogen Fall des § 859 Abs. II und III. So behauptet Windscheid-Kipp:[15]) „Nach der Analogie des § 859 III dürfe ein Grundstücksbesitzer eine auf seinem Grund und Boden errichtete und ihn belastende Anlage sofort nach ihrer Errichtung wiederbeseitigen. Dagegen habe der Besitzer der Anlage kein Verteidigungsrecht. Habe aber der Grundstücksbesitzer dies versäumt, so sei eine spätere Beseitigung seinerseits verbotene Eigenmacht, deren sich der Besitzer der Anlage erwehren dürfe." Ich kann dem nicht beistimmen.

M. E. wird hier nicht genügend scharf zwischen § 859 Abs. I, in dem es sich um bestehenden Besitz handelt, und § 859 Abs. II u. III, in dem es sich um bereits entzogenen Besitz handelt, unterschieden. Durch Unrat, den mir mein Nachbar von seinem Garten in meinen Garten wirft, wird mir mein Besitz nicht entzogen, sondern nur gestört. Dieser Fall gehört direkt unter § 859 I. Ich darf also den Unrat wieder hinüberwerfen. In vielen Fällen wird aber eine vermeintliche vollendete Besitzstörung in Wirklichkeit eine

---

[13]) Cosack a. a. O. S. 97.

[14]) Planck a. a O. S. 46, ebenso Eck a. a. O S. 30, Windscheid-Kipp a. a. O S. 696 und Kniep a. a. O. S. 321.

[15]) Windscheid-Kipp a. a. O. S. 696.

Besitzentziehung sein. Wenn mein Nachbar in meiner Abwesenheit in meinem Garten ein Haus erbaut hat oder in meinen Garten hinein einen Zaun gezogen hat, so ist dies eine störende Anlage. Durch sie ist mir aber das betreffende Stück Garten, auf dem das Haus steht, soweit der Zaun reicht, tatsächlich entzogen. Dieser Fall gehört nicht unter § 859 I und wäre auch nicht analog zu behandeln, sondern unter Abs. II und III des § 859. Gehe ich dann nicht sofort nach der Entziehung des Stück Landes gegen den Nachbar vor, so erlischt mein Selbstschutzrecht (§ 859 III).

Das Reichsgericht ist freilich anderer Ansicht. Es hat den Satz aufgestellt:[16]) Abwehr auf Grund des § 859 I ist nur gegen eine drohende, nicht gegen eine bestehende störende Anlage zulässig. Hier lag aber der Fall folgendermaßen: Der Eigentümer eines Grundstücks hatte eine auf seinem Grundstück seit einem Jahr errichtete Telephonstange in Meterhöhe vom Boden abgesägt. Er war auf Grund der §§ 304, 317, 318 des Strafgesetzbuchs verurteilt und machte in seiner Revision geltend, seine Handlungsweise sei nach § 859 I berechtigt gewesen. Das Reichsgericht hat, indem es den eben erwähnten Satz aufstellte, seine Revision verworfen. Ich halte die Entscheidung des Reichsgerichts für richtig, aber nur aus dem Grunde, weil der Grundstückseigentümer die Telephonstange ein Jahr lang trotz Kenntnis hat stehen lassen. Er würde m. E. vollkommen berechtigt gehandelt haben, hätte er die Störung sofort nach Kenntniserlangung beseitigt. Das Abwehrrecht gegen störende Anlagen kann dem

---

[16]) Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen Band 34. Seite 250.

Besitzer nicht auf unbeschränkte Zeit zustehen. Er muß es ausüben, sobald er von einer vollendeten Störung Kenntnis erhält. Andernfalls genehmigt er durch sein passives Verhalten die Störung. Klebt jemand an meine Mauer Anschläge, so kommt für mich, der ich vollkommen in meinem Besitze bleibe, die Störung erst eigentlich in Betracht, wenn ich Kenntnis von ihr erlange. Es muß mir daher das Recht zustehen, die Störung zu beseitigen, auch wenn sie längere Zeit bestanden hat, falls ich nur von ihr keine Kenntnis hatte. Wie aber, wenn der Verüber der Störung inzwischen gestorben ist? Auch in diesem Falle muß mir das Recht zustehen.[17])

Die Behauptung, der § 859 I sei überflüssig, ist also nicht richtig. Mit Recht führt Staudinger[18]) aus: Das Recht aus § 859 I muß als ein besonderes Vorrecht des Besitzers aufgefaßt werden. Es kann nicht an die beschränkenden Voraussetzungen des § 227 gebunden sein. Der Schwerpunkt der Auslegung ruht vielmehr darin, daß, soweit überhaupt eine verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858 I vorliegt, auch eine unmittelbare Abwehr derselben erlaubt sein muß, wie verschieden auch immer im Einzelfall der Tatbestand der verbotenen Eigenmacht sich gestalten mag. Man würde daher dieses Recht viel zu eng fassen, wollte

---

[17]) Der Absatz IV des § 859 ist auf Absatz I nicht anwendbar. Im Absatz I handelt es sich um Erhaltung bestehenden Besitzes, im Absatz IV um fehlerhaften Besitz. Fehlerhafter Besitz ist aber ein solcher, der durch verbotene Eigenmacht bereits erlangt ist (§ 858 II), ebenso Planck a. a. O. S. 45, Biermann a. a. O. S. 11, Strohal a. a. O. S. 50, A. A. Bekker a. a. O. S. 13.

[18]) Staudinger a. a. O. S. 22 im Band III und S. 583 im Band I.

man es mit dem Notwehrbegriff völlig identifizieren. Gerade der Begriff der verbotenen Eigenmacht bringt es mit sich, daß die Abwehr im konkreten Falle weiter reichen muß. Auch muß die Abwehr erlaubt sein, so lange überhaupt der durch die verbotene Eigenmacht geschaffene Zustand währt.[19])

Wir kommen zu folgendem Resultat:

a. Das Abwehrrecht des § 859 I ist kein Notwehrrecht im technischen Sinne des § 227.

b. Abwehrrecht und Notwehrrecht sind zwei Begriffe, die sich decken, soweit es sich um gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff handelt. Im übrigen ist das Abwehrrecht ein weiterer Begriff.

c. Dem unmittelbaren Besitzer steht zum Schutze seines Besitzes sowohl § 227 wie § 859 I zu.

d. § 859 I und § 227 greifen Platz, soweit es sich um gegenwärtigen Angriff handelt.

e. § 859 I greift weiter Platz, wenn der Angriff bereits der Vergangenheit angehört, aber durch ihn ein besitzstörender Zustand geschaffen ist, vorausgesetzt, daß dadurch der Besitz nicht entzogen ist. —

3. Im einzelnen gilt nun für die Ausübung des Abwehrrechtes folgendes.

Es ist gegen gegenwärtige Eingriffe in den Besitzstand gegeben, aber auch gegen solche, wo der Gegner nicht mehr gegenwärtig, aber wo durch ihn ein Zustand geschaffen ist, der störend fortwirkt. Dagegen bietet § 859 I gegen drohende Angriffe keinen Schutz. Natürlich kann die Abwehr bereits vorbereitet werden.

---

[19]) Ebenso Schollmeyer a. a. O. S 11, vgl. auch Fischer-Henle a. a. O. Anmerkg. 3 zu § 859, Neubecker in der Deutschen Juristenzeitung 1905, S. 150, Männer a. a O. S 103, Matthiaß a. a O. S 13 Note 4, Endemann a. a. O. S. 174, Kniep a. a. O. S 324.

Der Besitzer darf Einrichtungen schaffen, durch die dem Eingriff im Augenblick seiner Verwirklichung entgegengetreten wird. Es ist ihm gestattet, z. B. Selbstschüsse zu legen.[20]) Auch bietet ihm § 859 I keinen Schutz gegen rein sachliche Störungen. Darunter verstehen wir Störungen, die durch körperliche Gegenstände ohne schuldhafte Mitwirkung ihres Besitzers herbeigeführt werden; z. B. fremdes Vieh ist auf mein Grundstück geraten und richtet Schaden an.[21])

Das Recht aus § 859 I ist endlich nicht gegen Angriffe gegeben, die bereits vollständig zum Besitzverlust geführt haben und der Vergangenheit angehören. Hier greift Absatz II oder III des § 859 Platz. Wie lange ist nun der Angriff auf den Besitz gegenwärtig zu nennen, wann ist er vollendet? Der Besitzer darf sich solange wehren, als der Angreifer die tatsächliche Gewalt noch nicht erlangt hat. Wann dies der Fall ist, muß nach den Umständen des einzelnen Falles beurteilt werden. Hat aber der Angreifer die tatsächliche Gewalt erlangt, dann entfällt auch für den Besitzer das Recht aus Absatz I. Ist mit der Apprehension der Sache durch den Dieb der Angriff bereits beendet? Strafrechtlich ist mit der Apprehension sein Delikt vollendet. Zivilrechtlich ist die Frage zu verneinen. Sie ist praktisch von großer Wichtigkeit. Nimmt man an, daß mit der Apprehension der Sache der Angriff bereits vollendet ist, dann ist nur der Besitzer, ein Dritter nur im ausdrücklichen Auftrage des Besitzers berechtigt, die Sache dem Angreifer wieder

---

[20]) Vgl. Titze a. a. O. S. 81.

[21]) Anders liegt der Fall, wenn A. seinen Hund auf meinen Hund hetzt. Hier findet ein schuldhaftes Mitwirken des A. statt. Der Hund ist lediglich ein Werkzeug des A., § 859 I greift Platz.

abzunehmen. Nimmt man dagegen an, daß mit der Apprehension der Angriff noch nicht beendet ist, dann ist nach § 227 jeder Dritte selbständig dazu befugt. Die letzte Ansicht verdient den Vorzug und entspricht auch mehr der Verkehrsanschauung. Mit Recht führt auch Windscheid-Kipp[22]) aus: „Es sei wünschenswert, den Angriff nicht zu früh als vollendet anzusehen und damit das Eingreifen der Nachbarn, der Passanten auf der Straße, die den Dieb davonlaufen sehen, abzuschneiden."

Der Angriff kann von einem dritten Nichtbesitzer, vom Besitzdiener und vom mittelbaren Besitzer ausgehen. Das Abwehrrecht findet gegen sie in gleicher Weise statt. Ein Unterschied besteht nicht. Der Besitzdiener unternimmt dann einen Eingriff in den Besitzstand des Besitzers, wenn er nicht mehr in Unterordnung unter seinen Herrn die tatsächliche Gewalt ausüben, sondern dem Besitzer den Besitz entziehen und selbst unmittelbarer Besitzer werden will. Von praktisch wichtiger Bedeutung ist es, daß der unmittelbare Besitzer das Abwehrrecht gegen den mittelbaren Besitzer hat; besonders wichtig ist dies für die Stellung des Mieters zum Vermieter. Dadurch unterscheidet sich das BGB. wesentlich von dem römischen Recht. Da im römischen Recht der Vermieter Besitzer blieb und der Mieter bloße detentio hatte, so konnte der Vermieter den Mieter jederzeit seiner Inhabung auch gegen dessen Willen entsetzen.[23]) Nach BGB. kann dies der Vermieter nicht mehr. Wollte er es tun, so würde er

---

[22]) Windscheid-Kipp a. a. O. S. 694, vgl. auch Titze a. a. O. S. 79.

[23]) Vgl aber Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen, Band 9 S. 58.

sich verbotener Eigenmacht schuldig machen, gegen die der Mieter mit Gewalt sich wehren dürfte. Dies trifft nicht nur dann zu, wenn der Vermieter während der Dauer der Mietzeit eigenmächtig gegen den Mieter vorgeht, sondern selbst dann, wenn die Mietzeit abgelaufen ist und der Mieter trotzdem die Mietsache an den Vermieter nicht herausgibt. Durch den Ablauf des Mietvertrages wird ja der unmittelbare Besitz, die tatsächliche Gewalt des Mieters über das Mietobjekt nicht im geringsten betroffen. Ein Recht, die vermieteten Räume zu betreten und die Sachen des Mieters hinauszuschaffen, hat der Vermieter selbst dann nicht, wenn er gegen den Mieter auf Räumung geklagt und ein vollstreckbares Räumungsurteil erwirkt hat. Er muß vielmehr die Hilfe eines Gerichtsvollziehers in Anspruch nehmen. Dessen Vorgehen gegen den Mieter ist erlaubte Eigenmacht, gegen die der Mieter sich nicht wehren darf (§ 858 BGB.). Durch ihn wird der Mieter seines Besitzes entsetzt und der Vermieter in den Besitz eingewiesen (§ 885 der Zivilprozeßordnung). Unrichtig ist es, wenn Kniep[24]) sagt: Muß der Vermieter wegen Ausbesserung des Daches die vermietete Dachstube betreten, so hat der Mieter sie aufzuschließen; weigert er sich, so wird der Schlosser geholt. Oder wenn er weiter sagt: Wollen Wohnungsuchende eine gekündigte Mietwohnung besichtigen, so darf der Vermieter sie darin herumführen, ohne daß er einen Widerspruch des Mieters zu beachten braucht. —

Wenn auch das Abwehrrecht kein Notwehrrecht im technischen Sinne ist, so kommen gleichwohl die

[24]) Kniep a. a. O. S. 316. Unter welchen Voraussetzungen der Vermieter selbständig gegen den Mieter vorgehen darf, vgl. unten § 8.

für die Notwehr im einzelnen geltenden Normen analog zur Anwendung.[25]) Der Besitzer darf sich mit Gewalt der verbotenen Eigenmacht erwehren. Die Befürchtung, daß damit ein Faustrecht im schlimmsten Sinne geschaffen wäre, daß man bei einem Eingriff in den Besitzstand der schrankenlosen Willkür des Besitzers preisgegeben wäre, ist unbegründet. Nur soweit Gewalt im konkreten Falle tatsächlich erforderlich ist, ist ihre Anwendung rechtmäßig.[26]) Das liegt bereits in dem Wort „erwehren" und wäre auch aus den §§ 226 und 826 BGB. zu folgern. Erfordert es der Zweck nicht, dann muß jede gewaltsame Handlung des Besitzers unterbleiben. Kann aber die vis aggressiva des eigenmächtig Handelnden nicht anders zurückgeworfen werden, so darf der Besitzer zu den schärfsten Mitteln greifen. Auch seine Tötung ist zulässig.

Gleichgiltig ist es, ob der Angreifer bewußt widerrechtlich oder im guten Glauben handelt. Eck[27]) bringt folgendes Beispiel: Wenn die Holzknechte eines Gutsherrn im guten Glauben unter Verkennung der Gutsgrenzen in dem Walde, den ein Anderer besitzt, Holz schlagen, so kann sie der Besitzer mit Gewalt aus dem Holz verjagen, nötigenfalls mit Waffen, ja er kann sie mit Hunden hinaustreiben, soweit es eben nur Abwehr bleibt.[28])

---

[25]) Ebenso Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 16, vgl. auch Endemann a. a. O. S. 174, Buhl a. a. O. S. 34, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 689.

[26]) Ebenso Planck a. a. O. S. 45, Bekker a. a. O. S. 11, Neumann a. a. O. S. 546, Fischer-Henle a. a. O. Anm. 3 zu § 859, vgl. auch Motive Band III, S. 113.

[27]) Eck a. a. O. S. 30.

[28]) Eck a. a. O. S. 30 knüpft an dieses Beispiel die Bemerkung, diese Vorschrift entspräche nicht der deutschen Sitte. M. E.

Im einzelnen Falle wird der Besitzer, bevor er zur Abwehr schreitet, prüfen müssen, welches Maß von Gewalt wirklich erforderlich ist. Stört ein kleines Kind meinen Besitz dadurch, daß es in meinen Garten über den Zaun klettert, so darf ich es wohl von meinem Grundstück vertreiben, aber nicht etwa dabei mißhandeln, so daß es körperlichen Schaden davon trägt.[29]) Das Abwehrrecht kann sich lediglich gegen eine Sache richten. Dies ist dann der Fall, wenn die Besitzstörung bereits vollendet und der Angreifer gar nicht mehr gegenwärtig ist. Aber auch hier gilt der Grundsatz, daß die Gewaltanwendung das erforderliche Maß nicht übersteigen darf. Eine Zerstörung der Anlage darf nur stattfinden, wenn sie notwendig ist. Das Reichsgericht hat in der bereits zitierten Entscheidung mit Recht ausgeführt, daß das Zersägen der Telephonstange an Stelle ihrer Entfernung vom Grundstück unstatthaft gewesen sei. Auf den Wert des angegriffenen Objektes kommt es nicht an. Jede Sache darf verteidigt werden.

C. Das Selbsthilferecht des Besitzers.

1. Während im römischen Recht die Selbstverteidigung zu allen Zeiten erlaubt war und erlaubt blieb, wurde gegen Ende der Republik die Selbsthilfe d. h. der Eingriff einer Person in eine fremde

---

doch. Wenn die Knechte meiner Aufforderung, den Wald zu verlassen, keine Folge leisten, warum soll ich dann nicht Gewalt gegen sie brauchen; vgl. Staudinger a. a. O. S. 21 (III. Band) und Gutachten aus dem Anwaltstande S. 783, sowie die dort zitierten deutschen Rechtssprüchwörter: Wer mich angreift, den greif ich wieder an. Bei der Gewalt hat der Glaub kein Gestalt.

[29]) Vgl. Deutsche Juristenzeitung 1903, S. 574.

Rechtssphäre zur Durchsetzung eines Rechtsanspruchs verboten und streng bestraft. Es ergingen, da die Gewalttätigkeiten immer häufiger wurden, die leges Juliae de vi publica et privata. Indessen gab es Ausnahmen. Auch ohne obrigkeitliche Genehmigung durfte man zur Selbsthilfe greifen, um seinen Besitz wiederzuerlangen. Fand man seine bewegliche, abhanden gekommene Sache im Besitz eines Dritten, so konnte man sich ihrer gewaltsam wiederbemächtigen. Ferner war die Selbsthilfe gegen den erlaubt, der sich mit Gewalt oder heimlich Besitz angeeignet oder ihn nur auf Widerruf erhalten hatte. So heißt es Paul. sent. 5, 6 § 7:

qui vi aut clam aut precario possidet, ab adversario impune deicitur.[1])

Damit wird dem gewesenen Besitzer das Recht der Selbsthilfe positiv eingeräumt und der vitiöse gegenwärtige Besitzer genießt gegen seine Handlungen keinen Schutz. Für ihn versagt das Recht vim vi repellere in diesem Falle. Das Vertreibungsrecht des gewesenen Besitzers unterlag keiner zeitlichen Beschränkung, insbesondere nicht der Verjährung. Es erreichte sein Ende erst dann, wenn die Sache in den Besitz eines anderen kam, dessen Besitz dem früheren Besitzer gegenüber nicht mehr fehlerhaft war. Im justinianeischen Recht wurde indes das Vertreibungsrecht des gewesenen Besitzers allgemein beseitigt.[2])

Mit Recht aber weist Wendt[3]) darauf hin, daß die

---

[1]) Vgl. Randa a. a. O. S. 154 Anm. 8, Dernburg Pandekten, S. 295, Windscheid-Kipp a. a. O. § 123.

[2]) Vgl. Wendt, Faustrecht S. 111 und 215 und Kniep a. a. O. S. 308.

[3]) Wendt, Faustrecht S. 227.

drei Fälle des vi aut clam aut precario sich von einander unterschieden haben. Wer den Besitzer mit Gewalt verdrängt hat, ist selbst Besitzer. Dagegen wer heimlich eine possessio vacua besetzt oder wer precario im Besitz ist, der hat den bisherigen Besitzer damit noch keineswegs verdrängt.

Grundstücksbesitz wird nicht durch heimliche Okkupation verloren. Er geht erst dann verloren, wenn der Besitzer von der Besitzverdrängung Kenntnis erhält und sie alsdann nicht unverzüglich beseitigt oder nicht beseitigen kann.[4]) So heißt es l 6 § 1 D. de a. vel. poss. 41, 2:

qui ad nundinas profectus neminem reliquerit et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere Labeo scribit: retinet ergo possessionem is qui ad nundinas abiit. Verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere non clam. Und weiter heißt es: l 7 D eod. Paulus libro 54 ad edictum: Sed etsi nolit in fundum reverti, quod vim majorem vereatur, amisisse possessionem videbitur.

Auch das germanische Recht erkannte bei Grundstücken die Fortdauer der Gewere des rechtswidrig Entsetzten an. Diese Lehre wurde dann im Allgemeinen Landrecht auch auf bewegliche Sachen ausgedehnt.[5])

2. Im BGB. findet sich die gesetzliche Regelung der Selbsthilfe des Besitzers im § 859 Absatz II—IV. Hier heißt es:

---

[4]) Vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. § 156 Note 8, Dernburg, Pandekten, § 178 Note II, v. Buchka a. a. O. S. 166.

[5]) Vgl. Allgem. Landrecht I, 7 §§ 96 ff. u. 122, Sächs. G. B. § 214; Gierke a. a. O. S. 212 und 244 Förster-Eccius a. a. O. § 161.

Wird eine bewegliche Sache dem Besitzer mittelst verbotener Eigenmacht weggenommen, so darf er sie dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter mit Gewalt wiederabnehmen.

Wird dem Besitzer eines Grundstücks der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, so darf er sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entsetzung des Täters wiederbemächtigen.

Die gleichen Rechte stehen dem Besitzer gegen denjenigen zu, welcher nach § 858 Abs. II die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen muß.[6. 7])

Die gesetzlichen Bestimmungen der allgemeinen Selbsthilfe, die jedem Berechtigten, also auch dem Besitzer zusteht, finden sich dagegen in den §§ 229--231 BGB. Auf Grund von diesen Paragraphen müßte der Besitzer bei Besitzverlust gegen den Täter vorgehen, wenn § 859 Abs. II—IV nicht geschaffen wäre.

---

[6]) Daß Abs. IV sich nur auf Abs. II und III, nicht auf Abs. I des § 859 beziehen kann, ist oben auf S. 57 erörtert.

[7]) Vgl. die Fassung dieser Vorschriften im ersten Entwurf zum BGB.

§ 815 II: Ist eine bewegliche Sache dem Inhaber durch verbotene Eigenmacht weggenommen, so ist derselbe berechtigt, dem auf der Tat betroffenen oder bei sofortiger Nacheile erreichten Täter die Sache mit Gewalt wieder abzunehmen.

Im Falle der Wiederabnahme ist der Besitz als nicht unterbrochen anzusehen.

§ 815 III: Ist die tatsächliche Gewalt über ein Grundstück dem Inhaber durch verbotene Eigenmacht entzogen, so ist derselbe berechtigt, sofort nach erlangter Kenntnis von der Entziehung sich die Inhabung wieder zu verschaffen, mit Gewalt gegen die Person jedoch nur dann, wenn die Wiederverschaffung sofort nach der Entziehung erfolgt oder wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen nach den Vorschriften des § 189 die Selbsthülfe erlaubt ist.

Das würde gegen den Besitzer aber eine große Ungerechtigkeit gewesen sein. Denn mit großer Vorsicht hat der Gesetzgeber die allgemeine Selbsthilfe geregelt und an alle möglichen Voraussetzungen geknüpft. Man kann daran zweifellos die Tendenz erkennen, die Selbsthilfe möglichst einzuschränken, jedes gewalttätige Vorgehen einer Privatperson gegen eine andere möglichst zu unterbinden. Danach ist die Selbsthilfe nur erlaubt, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde. Nur der Berechtigte darf zur Selbsthilfe greifen, keineswegs ein Dritter, wenn auch zu Gunsten des Berechtigten. Als Mittel der Selbsthilfe sind zulässig: Wegnahme, Zerstörung, Beschädigung einer Sache, Festnahme des Verpflichteten und Beseitigung des von dem Verpflichteten gegen eine Handlung, die er zu dulden verpflichtet ist, geleisteten Widerstandes. Sie darf sich nicht gegen Sachen richten, die der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen. Wer endlich irrtümlich glaubt, er sei zur Selbsthilfe zu greifen berechtigt, macht sich dem anderen schadensersatzpflichtig, selbst wenn er ohne Schuld zu diesem Irrtum gekommen ist.

Wie ganz anders steht der Besitzer da. Die Tatsache der widerrechtlichen Entziehung einer beweglichen Sache oder eines Grundstücks genügt, um den Angriff des Besitzers zur Wiedereroberung seines Besitzes zu rechtfertigen. Er kann den Angriff ausüben, auch wenn obrigkeitliche Hilfe zur Stelle oder mit Leichtigkeit zu erlangen ist. Es braucht gar keine Gefahr zu bestehen, daß ohne sein sofortiges Eingreifen die Verwirklichung seines Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert

werde. Ist sein Angriff gelungen, dann braucht er nicht wie im Falle des § 229 II den dinglichen Arrest zu beantragen. Eine Beschränkung hinsichtlich der Mittel, mit denen er seinen Angriff durchzuführen sucht, findet nicht statt. Jedes Mittel ist zulässig. Erst wenn die Sache dem Täter selbst abgenommen ist, hört der Kampf auf. Denn der Zweck ist dann erreicht. Nur in einer Beziehung ist das Selbsthilferecht des Besitzers wesentlich eingeschränkt und steht hinter dem allgemeinen Selbsthilferecht weit zurück. Während dieses jederzeit ausgeübt werden kann, ist das Selbsthilferecht des Besitzers im Gegensatz zum gemeinen und deutschen Recht an eine enge Frist geknüpft.

Er darf eine bewegliche Sache nur dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter wiederabnehmen. Er darf sich seines Grundstücks, das ihm entzogen ist, nur sofort nach der Entziehung durch Entsetzung des Täters wiederbemächtigen.

Berechtigt das Selbsthilferecht auszuüben ist nur der unmittelbare Besitzer. Gleichwohl ist das Wort „er" im Absatz II und III ausdehnend zu interpretieren. Es ist nicht erforderlich, daß gerade der unmittelbare Besitzer dem Täter die bewegliche Sache wiederabnimmt oder ihn aus dem Grundstück heraustreibt. In seinem Auftrage, aber auch nur in seinem Auftrage dürfen dritte Personen und der mittelbare Besitzer gegen den Täter vorgehen.[8])

Die Bestimmungen im Absatz II—IV enthalten nun einen regelrechten Fall der Selbsthülfe, nicht handelt es sich hier um einen Fall der Notwehr. Nicht

[8]) Ebenso Biermann a. a. O. S. 10, Endemann a. a. O. S. 176, Staudinger a. a. O. Band III S. 23.

Verteidigung noch bestehenden, sondern Wiedereroberung verloren gegangenen Besitzes steht in Frage. Absatz II und III geht von der Tatsache des bereits erfolgten Besitzverlustes aus.

Darauf deuten die Worte „weggenommen" und „entzogen" hin. Der Angriff des Gegners gehört bereits der Vergangenheit an und hat bereits zu dem Ergebnis der Besitzentziehung geführt. Mit Unrecht behauptet Kniep[9]), im § 859 Abs. II und III sei der Besitz nicht etwa schon verloren. Denn gelinge die Wiederabnahme, so liege nur eine vorübergehende Verhinderung im Sinne des § 856 Absatz II BGB. vor. Dies ist nicht richtig. Im ersten Entwurf hieß es zwar: Im Falle der Wiederabnahme ist der Besitz der Sache als nicht unterbrochen anzusehen. Diese Worte des ersten Entwurfs sind im BGB. aber gestrichen. Der Täter hat im Abs. II und III den vollen, wenn auch fehlerhaften Besitz erlangt. Besitzerwerb auf der einen, Besitzverlust auf der anderen Seite. Von einer ihrer Natur nach vorübergehenden Verhinderung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt des alten Besitzers kann somit keine Rede sein.

§ 859 Abs. II—IV enthält eine Ausnahme von dem im Absatz I aufgestellten Grundsatze, daß jeder unmittelbare Besitzer sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren darf. Dem fehlerhaften Besitzer einer beweglichen Sache fehlt das Abwehrrecht, wenn er vom einstigen Besitzer auf frischer Tat betroffen oder verfolgt und ihm im Anschluß hieran die Sache

[9]) Kniep a. a. O. S. 313 und Scherer a. a. O. S. 25, richtig Titze a. a. O. S. 78, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 689, Velker a. a. O. S. 11, vgl. auch Denkschrift S. 59 und Motive Band III S. 112.

wiederabgenommen wird; oder wenn der einstige Besitzer sofort nach Entziehung daran geht, den fehlerhaften Besitzer wieder aus dem Grundstück zu entfernen. Unterläßt er aber aus irgend welchen Gründen die Wiederabnahme oder Entfernung, dann erstarkt das Abwehrrecht des fehlerhaften Besitzers. Während es ihm von Beginn seines fehlerhaften Besitzes an nur gegen Dritte zustand, steht es ihm nunmehr auch gegen den einstigen Besitzer zu. Das Abwehrrecht greift wieder im vollen Umfange d. h. gegen jeden, wer es auch sei, Platz. Stiehlt A dem B eine Uhr, dann muß B sofort an die Wiedergewinnung der Uhr gehen. Seine Selbsthilfehandlung muß der eigenmächtigen Handlung des Diebes auf dem Fuße folgen. Tut er es nicht, so erlischt sein ihm als Besitzer zustehendes Selbsthilferecht.[10]) Trifft B den A nach mehreren Tagen auf der Straße an, so darf B nicht gewalttätig gegen ihn vorgehen. Sein Vorgehen ist unerlaubt, ist selbst verbotene Eigenmacht, gegen die der Dieb sich wehren kann. Er muß die Hilfe der Obrigkeit in Anspruch nehmen, um seine Uhr wieder zu bekommen. Der Selbstschutz, der vor dem Diebstahl dem B zukam, kommt dem Diebe A zu, da er augenblicklich die tatsächliche Gewalt über die Uhr hat.

3.

Im einzelnen gilt für die Ausübung der Selbst-

[10]) Selbständig ohne Hülfe der Obrigkeit könnte B in diesem Falle gegen A zwar nicht auf Grund der besitzrechtlichen Vorschriften, wohl aber auf Grund des § 229 vorgehen. Hier fehlt dann dem Diebe das Selbstschutzrecht (§ 858 I). Dann müssen aber die sämtlichen Voraussetzungen des § 229 erfüllt sein, es muß ein Fall der Not vorliegen. Ob dieser vorliegt, ist Tatfrage. Im allgemeinen wird man es beim Diebstahl bejahen können.

hilfe, wenn dem Besitzer eine bewegliche Sache durch verbotene Eigenmacht weggenommen ist, folgendes:

Sie ist nur zulässig, einmal wenn der Täter auf frischer Tat betroffen, sodann wenn er auf frischer Tat verfolgt wird.[11])[12])

Auf frischer Tat wird der Täter betroffen, wenn er unmittelbar nach Ausführung der verbotenen Eigenmacht, also unmittelbar nach der Erlangung des Besitzes an der beweglichen Sache überrascht wird. Verfolgung auf frischer Tat liegt vor, wenn „die Tat unmittelbar nach ihrer Verübung entdeckt und auf Grund der hierbei gemachten, auf den Täter hinweisenden Wahrnehmungen die Verfolgung desselben unmittelbar begonnen worden ist.[13]) Verfolgung auf frischer Tat wird im folgenden Falle vorliegen. A besucht den B und hängt seinen Pelz auf dem Korridor neben dem Pelz des B auf. Als A sich entfernt hat, bemerkt B, daß sein kostbarer Pelz verschwunden ist und an seiner

---

[11]) Diese Vorschrift beruht auf deutschrechtlichen Gedanken und entspricht dem deutschen Volkscharakter. Über das Recht der Nacheile oder Spurfolge im altdeutschen Recht, vgl. Brunner a. a. O. S. 178. Mit Unrecht meint Eck a. a. O. S. 31, die deutsche Sitte werde die allzugroße Nachsicht, die das BGB. den Kampfgelüsten der Besitzer schenke, hoffentlich wieder ausgleichen.

Das Ergreifen auf frischer Tat hat auch sonst noch erhebliche Bedeutung, vgl. Reichsverfassung a. 31, Preuß. Verfassg. a. 84, Strafprozeßordng. §§ 104, 127.

[12]) Eine Grenze zwischen dem auf frischer Tat Betroffen werden und dem auf frischer Tat Verfolgtwerden zu ziehen ist nicht möglich. Der allgemeine Gedanke, der dem Abs. II zu Grunde liegt, ist: Die Selbsthülfehandlung muß in continenti erfolgen, sie muß der eigenmächtigen Handlung auf dem Fuße folgen.

[13]) Vgl. Löwe a. a. O. S. 374; § 859 Abs. II schließt sich seinem Wortlaut nach an § 127 der Strafprozeßordnung an.

Stelle der minderwertige Pelz des A hängt. B eilt sofort in das Hotel, wo A logiert, und nimmt ihm dort seinen Pelz ab.[14])

Die Selbsthilfe des Besitzers ist aber unzulässig, wenn die Voraussetzungen des Abs. II überhaupt nicht mehr vorliegen. Sie erlischt, wenn der Besitzer zwar Anstalten zwecks Wiedererlangung des Besitzes macht, aber aus irgend welchen Gründen, vielleicht aus Bequemlichkeit, vielleicht weil er die Spur des Täters verloren hat, die Verfolgung aufgegeben hat. Sie ist auch dann nicht gegeben, wenn der Besitzer gar keine Kenntnis von der Wegnahme seiner Sache hat und wenn infolge dessen ein sofortiges Eingreifen seinerseits unterblieb. Das mag in manchen Fällen hart erscheinen. Gleichwohl darf man gegen die Bestimmungen des Absatz II nicht den Vorwurf erheben, sie würden den Bedürfnissen des Lebens nicht gerecht, wenn die Nachteile nur sofort nach der Wegnahme statt nach der Kenntniserlangung von ihr gestattet werde. Denn man muß bedenken, daß die Kenntniserlangung möglicherweise erst nach Jahren eintreten kann. In solchen Fällen aber dem einstigen Besitzer noch die Selbsthilfe zu gestatten, ist im Interesse des allgemeinen Friedens unmöglich. —

Der Zweck des Selbsthilferechts geht einzig und allein auf die Wiedererlangung der beweglichen Sache. Die Selbsthilfe richtet sich in erster Linie gegen die Sache, erst in zweiter Linie gegen den Täter. Wirft dieser bei der Verfolgung die Sache weg, so hört das Selbsthilferecht auf.[15]) Will aber der Täter die Sache

[14]) Vgl. Eck a. a. O. S. 26.

[15]) Vgl. Recht, Jahrgang VII Seite 297. Die Frage, ob nach Erlangung der Sache der Besitzer den Täter festhalten kann,

nicht freiwillig herausgeben, so ist der Besitzer befugt, alle zu Gebote stehenden Mittel anzuwenden. Es heißt schlechthin „Gewalt" im Absatz II, also keine Einschränkung.

Natürlich darf er nur soviel Gewalt anwenden, als nach Lage der Sache geboten ist. Der allgemeine Gedanke, der im Absatz I des § 230 ausgesprochen ist: Die Selbsthilfe darf nicht weiter gehen, als zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist, greift auch hier analog Platz.[16])

Es ist dem Besitzer bei der Verfolgung auch gestattet, in die Wohnung des Täters einzudringen und ihm dort die Sache wiederabzunehmen, und zwar nicht nur, wenn er, wie Bekker[17]) behauptet, zugleich mit dem Täter in dessen Wohnung eingedrungen ist, sondern auch, wenn er später anlangt. Er ist, wenn nur sonst alle Voraussetzungen des Absatz II vorliegen, berechtigt, die verschlossene Haustür mit Gewalt zu sprengen und den Hausfrieden des Täters zu brechen.[18])

Das Selbsthilferecht richtet sich nicht nur gegen den Täter. Es richtet sich einmal auch gegen dessen

ist nicht nach den besitzrechtlichen Vorschriften, sondern zivilrechtlich nach § 229 BGB. und strafrechtlich nach § 127 der Strafprozeßordnung zu beurteilen; vgl. auch Endemann a. a. O. S. 175.

16) Ebenso Kniep a. a. O. S. 325, Neumann a. a. O. S. 547, Eck a. a. O. S. 33, Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 17, Motive Band III S. 113.

17) Bekker a. a. O. S. 12.

18) Ebenso Staudinger a. a. O. Band III S. 22, Neumann a. a. O. S. 547, Fischer-Henle a. a. O. Anm. 4 zu § 859, Eck a. a. O. S. 30; Protokolle Band III S. 39. A. A. Männer a. a. O. S. 103; Bedenken trägt Dernburg, Sachenrecht S. 74. § 859 Abs. II stellt eine Ausnahme von dem im a. 6 der preuß. Verfassung aufgestellten Grundsatz der Unverletzlichkeit der Wohnung dar.

Besitzdiener.[19]) Wenn also der Täter auf der Verfolgung die Sache seinem Diener übergibt, damit dieser sie ihm nach Hause bringe, so ist der Besitzer berechtigt, die Sache auch ihm nötigenfalls mit Gewalt abzunehmen. Sodann richtet sich das Selbsthilferecht auch gegen denjenigen, der nach § 858 II die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen muß, sowie gegen dessen Besitzdiener. Im Gegensatz zum preußischen Recht wird die Selbsthilfe hier passiv ausgedehnt. Wer als fehlerhafter Besitzer gilt, ist oben erörtert worden.[20]) Die Absicht des Absatz IV geht dahin, eine Vereitelung des Selbsthilferechts möglichst zu verhindern. Seine Anwendung wird praktisch freilich immer eine beschränkte bleiben; gleichwohl hat er große Bedeutung.[21])

Nehmen wir an: Der Täter überträgt auf der Verfolgung den Besitz der Sache auf einen Dritten, der Kenntnis von seiner verbotenen Eigenmacht hat, so dürfte in Ermangelung des Absatz IV der einstige Besitzer nicht gegen den Dritten vorgehen. Das praktische Bedürfnis aber erfordert es hier, daß der

---

[19]) Ebenso Cosack a. a. O. S. 77, Türk a. a O. A. 3 zu § 859.

[20]) Vgl. oben S. 46

[21]) Vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. S. 689, Turnau-Förster a. a. O. S. 59, Männer a. a. O. S. 104. Ich kann Bekker a. a. O. S. 12 nicht zustimmen, wenn er behauptet: „Verlohnt es sich nach den äußerst seltenen Fällen zu suchen, wo dem ähnliches ausnahmsweise einmal vorkommen könnte". Nach seiner Ansicht hat sich hier ein Redaktionsfehler eingeschlichen. Es sei, meint er, Gerichtshülfe nicht bloß wider den Eigenmächtler selber, sondern auch wider Erben und bösgläubige Singularsuccessoren zugelassen, und nur durch ein Versehen sei diese Bestimmung an einen Platz geraten, wo sie auf die Selbsthülfe wider Eigenmacht bezogen werden müßte.

Besitzer auch ihm die Sache wiederabnehmen darf. Aus diesem Grunde ist Absatz IV geschaffen.[22]) Nehmen wir weiter an: Der Täter ist nach Hause geflüchtet und wird hier vom Tode ereilt, dann ist das Selbsthilferecht auch gegen seine Erben gegeben, und zwar hier ohne Unterschied, ob diese von der verbotenen Eigenmacht des Verstorbenen Kenntnis haben oder nicht.

Gleichwohl muß gefordert werden, daß in allen diesen Fällen der erweiterten Selbsthilfe die sämtlichen Voraussetzungen vorliegen, unter denen der einstige Besitzer dem Täter selbst die Sache abnehmen dürfte.[23]) Die Wiederbemächtigung der Sache muß im unmittelbaren Anschluß an die Verfolgung geschehen. Das Selbsthilferecht ist nicht mehr gegeben, wenn der einstige Besitzer den Verüber der Eigenmacht überhaupt nicht verfolgt oder die Verfolgung aufgegeben hat und nun einige Zeit darauf den Besitznachfolger oder Erben des Eigenmächtlers im Besitze der Sache antrifft.[24])

---

[22]) Vgl. auch die Beispiele Cosacks a. a. O. S. 97; gegen Cosack unrichtig Kniep a. a. O. S. 314.

Hat der Dritte beim Erwerbe keine Kenntnis von der Eigenmacht, so ist ein Selbsthülferecht gegen ihn ausgeschlossen. Will er dem einstigen Besitzer die Sache nicht freiwillig herausgeben, so bleibt diesem nichts anderes übrig, als gegen ihn eine Klage auf Herausgabe der Sache anzustrengen.

[23]) Ebenso Planck a. a. O. S. 46, Strohal a. a. O. S. 50, Biermann a. a. O. S. 11.

[24]) Fraglich ist, ob das Selbsthülferecht gegeben ist, wenn dem Täter, der sich auf der Flucht befindet, die Sache von einem Dritten, der von der verbotenen Eigenmacht selbst keine Kenntnis hat, gewaltsam entzogen wird. M. E. greift die Selbsthülfe auch gegen den Dritten Platz, sofern nur bezüglich des Täters wie des Dritten die sämtlichen Voraussetzungen des Abs. II erfüllt sind; vgl. aber Biermann a. a. O. S. 9.

4.

Für die Ausübung der Selbsthilfe, wenn dem Besitzer ein Grundstück durch verbotene Eigenmacht entzogen ist, gilt im einzelnen folgendes:

Der Besitzer eines Grundstücks darf zur Selbsthilfe greifen gleichgültig, ob ihm das Grundstück vollständig oder nur zum Teil entzogen ist. Der Täter hält z. B. in einem Hause nur eine Stube besetzt. Es macht auch keinen Unterschied, ob der Besitzer im offenen Kampfe aus seinem Grundstück gedrängt oder ob er in seiner Abwesenheit durch heimliches Eindringen des Täters entsetzt ist. Um seinen Besitz wiederzuerlangen, darf er sich aller Mittel, auch der gewaltsamen, wenn sie erforderlich sind, bedienen. Zwar fehlt im Absatz III im Gegensatz zum Absatz II das Wort Gewalt. Bendix und Scherer[25]) ziehen daraus den Schluß, daß nur bei Wegnahme beweglicher Sachen körperliche Gewalt gegen den Täter angewandt werden dürfe, bei Entziehung von Grundstücken hingegen nicht. Es dürfe hier kein Blut vergossen werden. Ich kann ihrer Ansicht nicht beistimmen. Wenn zwar auch das Wort „Gewalt" im Absatz III fehlt, so folgt doch aus dem Sinn der Vorschrift, daß der Besitzer Gewalt, wenn sie wirklich erforderlich ist, anwenden kann. Wie kann ich denn einen Landstreicher, der sich in meiner Abwesenheit in meinem Hause festgesetzt hat, anders als mit Gewalt,

---

[25]) Bendix, Privatrecht, S. 526, Scherer a. a. O. S. 25. Letzterer begründet seine Ansicht damit, daß die Besitzentziehung bei Grundstücken mit Rücksicht auf das Grundbuch und die entwickelten Verkehrsverhältnisse praktisch fast gar keine Bedeutung mehr habe.

die sich gegen seine Person richtet, vertreiben?[26]) Im ersten Entwurfe zum BGB. war zwar bestimmt, daß Gewalt gegen die Person nur dann angewandt werden dürfe, wenn die Wiederverschaffung sofort nach der Entziehung erfolge, im übrigen aber Gewaltanwendung unstatthaft sei. Gegen diese Beschränkung machte schon Bähr[27]) geltend, daß sie der inneren Rechtfertigung entbehre, indem er den Satz aufstellte, das Recht des Selbstschutzes im Besitz sei so wichtig, daß dabei auch eine sich entgegenstellende Person nicht geschont werden könne. Das BGB. aber hat die Einschränkungen im Absatz III des ersten Entwurfes gar nicht übernommen.

Während der Entwurf I dem Besitzer gestattete, sofort nach erlangter Kenntnis von der Entziehung sich den Grundstücksbesitz wiederzuverschaffen, muß der Besitzer nach BGB. sofort nach der Entziehung sich daran machen, den Täter wieder aus dem Grundstück zu vertreiben. Tut er das nicht, sondern läßt aus irgend welchen Gründen erst einige Zeit verstreichen, so geht sein Selbsthilferecht unter. Und dies selbst dann, wenn er überhaupt erst geraume Zeit später von der Besitzentziehung Kenntnis erhält. Damit ist der Besitzer nach BGB. wesentlich schlechter als nach gemeinem und deutschem Recht gestellt. Denn diese erkannten wenigstens bei heimlicher Okkupation die Fortdauer des Besitzes an. Warum hat nun wohl die II. Kommission an Stelle der Worte des ersten Entwurfs: „sofort nach erlangter Kenntnis von der Entziehung" die Worte: „sofort nach der Entziehung" gesetzt? Der Grund liegt einmal darin:

[26]) Ebenso Cosack a. a. O. S. 97, Planck a. a. O. S. 46, Siméon a. a. O. S. 541.

[27]) Bähr o. a. O. S. 489.

Läßt man es auf Kenntnis ankommen, so kann zwischen der Besitzentziehung und der Entsetzung des Täters ein langer Zeitraum liegen. Würde man dann noch die Selbsthilfe gestatten, so könnte sie sehr leicht zu schweren Verwicklungen und Störungen des Rechtsfriedens führen.[28]) Auch die Protokolle geben über diese Frage Auskunft.[29]) In ihnen wird ausgeführt, daß gegenwärtig mit Rücksicht auf die über das ganze Reich sich erstreckende Staatsgerichtsbarkeit und den schleunigen Schutz, den sich der im Besitze Beeinträchtigte durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung verschaffen könne, ein dem römischen und gemeinen Recht ähnliches Bedürfnis nach Gewährung eines weitergehenden Selbsthilferechts nicht mehr bestehe.

Das Wort „sofort" ist nun dem Worte „unverzüglich", d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB.), nicht gleichzusetzen. Dann könnte ja der Besitzer noch geraume Zeit nach der Besitzentsetzung sich des Besitzes wiederbemächtigen, sofern es ihm nur ohne sein Verschulden nicht möglich war, die Wiederbemächtigung eher zu bewirken. Weder schuldhaftes noch schuldloses Zögern entschuldigt also den Besitzer. Damit die Vorschrift des Absatz III aber praktischen Wert behalte, meint Endemann,[30]) dürfe man das Wort „sofort" nicht engherzig auslegen. Zu dieser Ansicht Endemanns bemerkt Strohal[31]) mit Recht: „Der Dejizierte muß sofort zur Wiederbemächtigung schreiten, d. h. in einer den Umständen nach angemessenen, aber nicht

[28]) Vgl. Haidlen a. a. O. S. 17.
[29]) Protokolle Band III S. 40.
[30]) Endemann a. a. O. S. 175.
[31]) Strohal a. a. O. S. 50.

etwa von der seitens des Besitzers erlangten Kenntnis von der Entsetzung, sondern von der Entsetzung selbst an zu bemessenden Zeit."[32])

Auch das Reichsgericht hat sich schon einmal mit der Auslegung des Begriffes „sofort" befaßt.[33]) Der Tatbestand war kurz der. A hatte auf einem außerhalb seines Ackerlandes belegenen Wegestreifen eine Absperrungsvorrichtung errichtet. Dieser Wegestreifen gehörte zu einem von mehreren Garteninhabern gemeinschaftlich benutzten Wege. Durch diese Handlungsweise hatte A dem B den Besitz oder doch den Mitbesitz an diesem Wegestreifen entzogen und B durfte sich dieser Eigenmacht mit Gewalt erwehren. B ist im unmittelbaren Anschluß an die erlangte Kenntnis von der Handlung des A noch an demselben Nachmittag des Tages, an dem diese stattfand, dazu geschritten, die Absperrung des Wegestreifens gewaltsam zu beseitigen. Das Reichsgericht ist nun mit Recht der Ansicht, die Annahme, daß dies sofort nach der Besitzentziehung geschehen sei, werde nicht dadurch beseitigt, daß B vor Beginn seiner Tätigkeit versucht habe, den A im Wege der Unterhandlungen zu bestimmen, die Absperrung wiederzubeseitigen. Die Wahrung der zeitlichen Schranken des Selbsthilferechts des Absatz III erfordere nicht notwendig ein blitzschnelles Handeln desjenigen, dem der Besitz durch die verbotene Eigenmacht des anderen entzogen sei, vielmehr unterliege die Frage,

---

[32]) Bekker a. a. O. S. 14 sagt: sofort heißt post modicum tempus, Fischer-Henle a. a. O. Anm. 5. zu § 859: binnen kurzer Frist, Dernburg, Sachenrecht S. 75: nicht unmittelbar, Eck a. a O. S. 31: sobald wie möglich, Bunsen a. a. O. S. 74: auf dem Fuße. Vgl. auch Protokolle Band III S. 40, Motive Band III S. 113.

[33]) Vgl. Goltdammers Archiv a. a. O. Band 51 S. 191.

ob diese Schranken gewahrt seien, der Beurteilung des einzelnen Falles nach Maßgabe der denselben begleitenden konkreten Umstände.[34])

Bei dieser Auslegung, die Strohal und das Reichsgericht dem Begriffe „sofort" gegeben haben, ist die Befürchtung, die Vorschrift des Absatz III werde den Bedürfnissen des Lebens nicht gerecht und jeder von seinem Grundstück abwesende Besitzer sei übel daran, unbegründet. Grundbesitz geht nicht schon verloren, sobald der Täter in das Grundstück eingedrungen ist. Besitzverlust tritt erst dann ein, wenn seit dem Eindringen soviel Zeit verstrichen ist, daß der Täter den Besitzstand hat festigen können, und damit ein Zustand der Besitzruhe eingetreten ist.[35]) Ist dem Besitzer das Grundstück nun tatsächlich entzogen, so muß ihm Zeit gewährt werden, um für die Wiederbemächtigung Vorbereitungen zu treffen Nur muß er eben rechtzeitig damit beginnen. Ist dies aber der Fall, dann ist es auch gleichgültig, wie lange es bis zur Wiedererlangung des Besitzes dauert, falls nur die Tätigkeit ununterbrochen fortgesetzt wird.

Gleichwohl darf man die Vorschrift des Absatz III nicht so anwenden, wie es Endemann tut.[36]) Er behauptet, es sei allerdings nicht entscheidend, ob und wann der Besitzer Kenntnis von der Entsetzung erlangt habe, sondern wann diese objektiv nach außen

---

[34]) Vgl. auch die Beispiele von Eck a. a. O. S. 32, Dernburg Sachenrecht a. a. O. S. 75, Titze a. a. O. S. 80; vgl. auch Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Band 4 S. 292.

[35]) Ebenso Biermann a. a. O. S. 10, Cosack a. a. O. S. 97, Türk a. a. O. S. 9.

[36]) Endemann a. a. O. S. 175; gegen ihn schon Kniep a. a. O. S. 313.

in die Erscheinung trete. Wenn also eine Diebesbande während des Winters in eine Villa eindringe, die der Besitzer nur im Sommer zum Aufenthalt benutze, so werde die eigenmächtige Entziehung erst im Frühjahr offenkundig werden. Dann erst trete sie als erkennbare Herrschaft hervor und jetzt sei noch Zeit, um sofort einzuschreiten. Hier versagen m. E. die Selbstschutzbestimmungen des Besitzrechts vollständig.

Es steht der Besitzer aber nicht ohne Selbstschutz da. Ergänzend greifen in solchen Fällen die Vorschriften des § 229 Platz. Im Falle der Not stehen die dort gewährten Sicherungsmittel jedem Berechtigten, also auch dem Besitzer zu. Daß aber ein Fall der Not vorliegt, wenn eine Diebesbande in meiner Villa haust, kann man wohl immer annehmen. Die Vorschriften der §§ 859 und 229 schreiten Hand in Hand. Sind die Grenzen des § 859 also überschritten, so kann das Verhalten des Besitzers dennoch ein nach § 229 gerechtfertigtes sein.[37])

Das Selbsthülferecht des Absatz III richtet sich wie das des Absatz II in erster Linie gegen den Täter selbst, möglicherweise auch gegen dessen Besitzdiener, sodann auch gegen die fehlerhaften Besitznachfolger. Ihre Entsetzung muß aber auch sofort nach der Entziehung erfolgen.[38])

5.

Man sollte nun meinen, durch die genauen Vorschriften des Absatz II und III sei die erlaubte Selbsthilfe des Besitzers derart geregelt, daß weitere Zweifelsfragen kaum noch vorhanden sein könnten. Tat-

[37]) Ebenso Planck a. a. O. S. 46, Bunsen a. a. O. 73.

[38]) Vgl. oben S. 74.

sächlich bestehen sie. Kniep[39]) behauptet unter Heranziehung der §§ 861 Abs. II und 862 Abs. II, daß der einstige Besitzer für die Dauer eines ganzen Jahres nach der Entziehung seines Besitzes berechtigt sei, den Täter in seinem fehlerhaften Besitze zu stören oder ihm denselben wiederzuentreißen. Der Besitzer sei nicht auf einen einmaligen Versuch beschränkt. Wenn der erste nicht glücke, könne er ihn beliebig wiederholen. Der einstige Besitzer kann nach seiner Ansicht jeden Morgen sich in die Wohnung des fehlerhaften Besitzers begeben und dort seine Zeitung lesen. Einer Aufforderung sich zu entfernen braucht er keine Folge zu leisten. Er kann dem Diebe die gestohlene Sache wiederentreißen oder wenigstens Versuche dazu machen, solange das Jahr noch nicht abgelaufen ist. Zwar räumt Kniep auch dem fehlerhaften Besitzer ein Verteidigungsrecht ein. Er will es aber einfach darauf ankommen lassen, wer in dem Kampfe um den Besitz der stärkere ist. Er behauptet, durch diese Bestimmungen sei wieder der römische Satz zur Geltung gelangt: qui vi aut clam possidet ab adversario impune deicitur.

Der Ansicht von Kniep kann ich nicht beitreten. Sein Fehler liegt m. E. darin, daß er erlaubten und unerlaubten Selbstschutz mit einander verwechselt.

Der § 861 lautet:

---

[39]) Kniep a. a. O. S. 319. Auch Bähr a. a. O. S. 489 ist mit der Vorschrift in den §§ 861 u. 862 nicht zufrieden. „Wie verhält sie sich, fragt er, zu § 859 III. Sie scheint nicht damit übereinzustimmen. Aber ist denn in Abrede zu stellen, daß man auch mit dieser Vorschrift der Eigenmacht freies Spiel einräumt und die Bürger gewissermaßen dazu auffordert, sich die Köpfe blutig zu schlagen!"

Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht dem Besitzer entzogen, so kann dieser die Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der entzogene Besitz dem gegenwärtigen Besitzer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war und in dem letzten Jahre vor der Entziehung erlangt worden ist.

§ 862 lautet:

Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer dem Störer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft besitzt und der Besitz in dem letzten Jahre vor der Störung erlangt worden ist. —

Durch ein einfaches Beispiel will ich versuchen, die Sachlage zu klären.

A hat dem B am 19. September 1905 eine Uhr weggenommen. Am 26. Juni 1906 trifft B mit A zusammen. B nimmt dem A die Uhr wieder ab. Wie sind die Handlungen des A und B rechtlich zu beurteilen? Zunächst hat A sich dem B gegenüber am 19. September 1905 durch Wegnahme der Uhr verbotener Eigenmacht schuldig gemacht. B wäre auf Grund des § 859 II berechtigt gewesen, dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten A die Uhr wiederabzunehmen. A hätte sich nicht wehren dürfen. Wäre bei dem Kampfe um die Uhr A körperlich verletzt oder wäre sein Rock dabei zerrissen, B hätte sich

weder zivilrechtlich noch strafrechtlich verantwortlich gemacht.[40]) Übte er ja doch erlaubten Selbstschutz aus. B hat ihn aus irgend welchen Gründen am 19. September 1905 nicht ausgeübt, trifft nun am 26. Juni 1906 mit A zusammen und nimmt ihm gewaltsam die Uhr wieder ab. B übt hier nicht erlaubten, sondern, da die Voraussetzungen des Absatz II nicht vorliegen, unerlaubten Selbstschutz aus. A hätte sich auf Grund des § 859 I befugtermaßen mit allen Kräften gegen B wehren können. Er hat es nicht getan. Klagt er aber jetzt gegen B auf Herausgabe der Uhr, so ist sein Anspruch ausgeschlossen und er muß mit seiner Klage abgewiesen werden, weil der ihm von B entzogene Besitz dem B gegenüber fehlerhaft war und in dem letzten Jahre vor der Entziehung erlangt worden ist. (§ 861 II). Nun kann man ja mit Recht sagen, daß durch die Zulassung der Einwendung des fehlerhaften Besitzes in gewissem Sinne die Selbsthilfe auf die Dauer eines Jahres erweitert ist. Indessen ist zu bedenken, daß die Handlung des B, die am 26. Juni 1906 erfolgt ist, nur innerhalb des Besitzprozesses, den A gegen B auf Herausgabe der Uhr angestrengt hat, ihren fehlerhaften Charakter verliert. Nur innerhalb des Besitzprozesses tritt gewissermaßen eine Kompensation der beiden einander gegenüberstehenden Fälle verbotener Eigenmacht ein mit der Folge, daß es bei dem jetzigen Besitze des B, der ja dem ursprünglichen Besitze entspricht, sein Bewenden haben soll. Außerhalb des Besitzprozesses aber wird die Handlung des B als verbotene Eigenmacht, als rechtswidrige Handlung angesehen. Wenn also bei dem Kampfe

[40]) Vgl. unten §§ 9, 10.

um die Uhr am 26. Juni 1906 B den A körperlich verletzt und ihm den Rock zerrissen hat, so wird B, falls ihn ein Verschulden trifft, wegen Körperverletzung bestraft und ist verpflichtet, dem A den Rock zu ersetzen.[41]) Unrichtig ist nun hier die Ansicht Männers,[42]) daß die Schadensersatzklage des A gegen B auch zur Naturalrestitution d. h. zur Rückgabe der Uhr an A (§ 249 BGB.) führen könne, indem er behauptet, die Beschränkung der Besitzklage sei nicht gleichzeitig eine Beschränkung der Schadensersatzklage.

Mit Recht weist Biermann[43]) darauf hin, daß man damit dem Beklagten die Einwendung fehlerhaften Besitzes einfach abschneiden würde.

B braucht dem A die Uhr nicht wieder herauszugeben. Dazu würde er aber verpflichtet sein, wenn er erst am 20. September 1906, also nach Ablauf eines Jahres, dem A die Uhr abgenommen hätte.[44])

§ 6.

Der Selbstschutz des Teil- und Mitbesitzers.

1.

Wenn im § 5 vom Selbstschutz des Besitzers die Rede war, so war unter Besitzer stets der unmittel-

---

[41]) § 223 des Strafgesetzbuches, § 823 BGB. Diese Folgen der unerlaubten Handlung des B würden aber dann nicht eintreten, wenn das Verhalten des B durch § 229 gerechtfertigt wäre. Vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. S. 695.

[42]) Männer a. a. O. S. 108.

[43]) Biermann a. a. O. S. 13.

[44]) Vgl. Planck a. a. O. S. 46, Biermann a. a. O. S. 12, Staudinger a. a. O. Band III S. 27, Strohal a. a. O. S. 129 Anm. 117, Eck a. a. O. S. 40, Randa a. a. O. S. XIII, Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 40, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 695, Haid-

bare Alleinbesitzer einer Sache gemeint. Aktiv legitimiert zu seiner Ausübung ist aber auch der unmittelbare Teilbesitzer einer Sache.[1]) (§ 865 BGB.). Er genießt, soweit sein Teilbesitz reicht, genau den gleichen Schutz, den der unmittelbare Alleinbesitzer einer Sache hat. Alles, was daher im § 5 für letzteren gesagt ist, gilt entsprechend für den Teilbesitzer. Er kann also Selbstschutz ausüben einmal gegen jeden dritten Nichtbesitzer, der ihn im Besitze stört oder ihm den Besitz entzieht. Das gleiche Recht steht ihm auch gegen den Besitzer der ganzen Sache zu, der ja, soweit der Teilbesitz reicht, zum mittelbaren Besitzer wird.[2]) Endlich darf er es gegen jeden anderen unmittelbaren Teilbesitzer und gegen seinen eigenen Besitzdiener ausüben. Praktisch wichtig ist dies für alle diejenigen, die „möblierte Zimmer" bewohnen. Der Besitzer eines solchen ist befugt, nicht nur jeden Strolch, der in sein Zimmer widerrechtlich eindringt, mit Gewalt zu entfernen. Er kann auch die Zimmervermieterin oder einen Stubennachbar, die trotz Aufforderung sein Zimmer nicht verlassen, gewaltsam hinausdrängen.

---

len a. a. O. S. 30, Ramdohr a. a. O. S. 18, Siméon a. a. O. S. 542, Rosenthal a. a. O. S. 261, Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen, gefertigt im Reichsjustizamt Band III S. 66 ff.

[1]) Die Frage, wann Teilbesitz vorliegt, ist auf Seite 17 erörtert worden. Die Bedeutung des § 865 liegt hauptsächlich darin, daß er einen Teilbesitz an beweglichen und unbeweglichen Sachen anerkennt. Als Folge dieser Tatsache ergibt sich dann der Selbstschutz von selbst. Nur der Klarheit halber ist dies im § 865 noch einmal speziell ausgesprochen.

[2]) Vgl. Titze a. a. O. S. 76, Fischer-Henle a. a. O. Anm. 2 zu § 865.

2.

Auch der unmittelbare Mitbesitzer[3]) genießt den Selbstschutz des § 859. Jedoch ist die Ausübung nach einer Richtung hin beschränkt. Die Beschränkung betrifft das Verhältnis der Mitbesitzer zu einander.

Der § 817 des ersten Entwurfes bestimmte zwar: Haben Mehrere eine Sache oder einen Teil einer Sache gemeinschaftlich inne, so sind Handlungen eines Teilhabers, welche über die im § 765 bezeichnete Gebrauchsbefugnis hinausgehen oder einen anderen Teilhaber in dieser Gebrauchsbefugnis hindern, als verbotene Eigenmacht anzusehen.

Überschritt danach ein Mitbesitzer die ihm gesteckten Grenzen, so hatte ein anderer Mitbesitzer sofort das Recht des Selbstschutzes. Das BGB. hat diese Vorschrift nicht übernommen, vielmehr im § 866 bestimmt: Besitzen Mehrere eine Sache gemeinschaftlich, so findet in ihrem Verhältnisse zu einander ein Besitzschutz insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt.

Im einzelnen gilt demnach folgendes:

a) Dem unmittelbaren Mitbesitzer steht das Selbstschutzrecht des § 859 im vollen Umfange, also sowohl bei Störung wie bei Entziehung gegen jeden dritten Nichtbesitzer und mittelbaren Mitbesitzer zu. Ihnen gegenüber gilt das im § 5 für den Alleinbesitzer Gesagte unverändert. Besitzen Mehrere gemeinschaftlich ein Haus und versucht ein Strolch einzudringen, so ist jeder Mitbesitzer berechtigt, ihn abzuwehren. Sind ferner A. B und C. Miteigentümer eines Rades und wird vertragsmäßig ausgemacht, daß A. das Rad für B. und C. mitverwahren soll, so ist A. unmittelbarer

[3]) Vgl. oben S. 18.

Mitbesitzer, B. und C. mittelbare Mitbesitzer. Versuchen B. und C. eines Tages dem A. vertragswidrig den unmittelbaren Mitbesitz zu entziehen, so darf A. ihren Versuchen nötigenfalls mit Gewalt entgegentreten. Das Gleiche gilt, wenn eine gemeinschaftlich besessene bewegliche oder unbewegliche Sache den Mitbesitzern bereits durch verbotene Eigenmacht entzogen ist. Jeder von ihnen ist befugt, dem Dritten die bewegliche Sache wiederabzunehmen oder ihn aus dem Grundstück zu vertreiben.[4])

b) Im Verhältnis der unmittelbaren Mitbesitzer zu einander findet in gewissem Umfange ein Besitzschutz nicht statt, und zwar insoweit, als es sich um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt. Was heißt das? Es bedeutet: Wird einem unmittelbaren Mitbesitzer von einem anderen unmittelbaren Mitbesitzer der Mitbesitz völlig entzogen, so steht dem ersteren gegen den letzteren das im § 859 geschaffene Selbstschutzrecht in vollem Umfange zu.[5]) Solange es sich aber nur um Übergriffe des einen gegen den anderen hinsichtlich der Grenzen des Gebrauchs handelt, so lange also ein Mitbesitzer nur in der Art und Weise oder dem Umfange des ihm zustehenden Gebrauchs von einem andern Mitbesitzer beeinträchtigt wird, ist das Abwehrrecht des § 859 I ausgeschlossen.[6]) Diese Übergriffe und Störungen sind

[4]) Wenn aber die Mitbesitzer eines Hauses für sich getrennte Wohnungen innehaben, so liegt in Wirklichkeit Teilbesitz vor, kein Mitbesitz im Sinne des § 866. Ist der Besitzer der ersten Etage hinausgeworfen, so kann nur dieser seinen Teilbesitz schützen, nicht steht ihm das Recht dazu zu, wenn dies dem Besitzer der zweiten Etage passiert.

[5]) Vgl. Goltdammers Archiv a. a. O. Band 51 S. 191.

[6]) Hier könnten aber möglicherweise die allgemeinen Bestim-

überhaupt keine verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858 Abs. I. Und das mit Recht. Denn in vielen Fällen des Mitbesitzes wird der Umfang des Gebrauchs nicht genau feststehen. Für den einzelnen Mitbesitzer wird es daher oft schwierig sein zu wissen, wann er mit seinen Handlungen innerhalb der Grenzen des ihm zustehenden Gebrauchsrechts sich hält, wann er sie überschreitet und dadurch eine Störung des andern Mitbesitzers begeht. Würde der Mitbesitzer bereits bei Störung durch den anderen Mitbesitzer zum Selbstschutz greifen dürfen, dann würde allerdings, wie Dernburg[7]) mit Recht bemerkt, „die Gemeinschaft einen Freibrief für Gewalttaten geben." Als Resultat ergibt sich: Der § 866 schließt unter den Mitbesitzern wegen bloßer Störungen den Selbstschutz aus. Bei Entziehung des Mitbesitzes haben dagegen die Mitbesitzer auch gegeneinander das Recht des Selbstschutzes.[8])[9])

§ 7.

Der Selbstschutz des Besitzdieners.

Das dem unmittelbaren Besitzer durch § 859 gewährte Recht steht auch dem Besitzdiener zu.[1])

mungen über Notwehr und Selbsthülfe (§§ 227, 229 BGB.) in Anwendung kommen.

[7]) Dernburg, Sachenrecht S. 77.

[8]) Ebenso Planck a. a. O. S. 57, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 695, Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 18. A. A. v. Seeler a. a. O. S. 363 und Wolff a. a. O. S. 176.

[9]) Entsprechendes gilt, wenn die Mitbesitzer nur an einem Teile einer Sache Mitbesitz haben, wenn z. B. zu zwei Mietswohnungen ein gemeinschaftlicher Korridor, ein gemeinschaftliches Waschhaus gehört. Vgl. Planck a. a. O. S. 58, Fischer-Henle a. a. O. Anm. 5 zu § 866.

[1]) Vgl. oben Seite 22.

§ 860 bestimmt:

Zur Ausübung der dem Besitzer nach § 859 zustehenden Rechte ist auch derjenige befugt, welcher die tatsächliche Gewalt nach § 855 für den Besitzer ausübt.[2])

Damit wird der Selbstschutz aktiv auf den Besitzdiener ausgedehnt, und zwar auf den Besitzdiener jedes unmittelbaren Besitzers, mag dieser Allein-, Teil-, oder Mitbesitzer, mag dieser fehlerhaft besitzen oder nicht, Eigen- oder Fremdbesitzer sein.[3]) Das Selbstschutzrecht des Besitzdieners erstreckt sich nur auf die Sachen, über die er für den Besitzherrn in dessen Haushalt, Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis die tatsächliche Gewalt ausübt. Die Köchin darf den Strolch, der in die Küche eindringen will, mit Gewalt entfernen. Sie darf ihm, wenn er aus der Küche einen Topf mit Fleisch entwendet hat, nacheilen und ihm diesen wiederabnehmen. Dabei darf sie ebenso wie der unmittelbare Besitzer sich der Unterstützung dritter Personen bedienen. Windscheid[4]) meint nun, man dürfe die Bestimmung des § 860 nicht so eingeschränkt verstehen, daß der Besitzdiener nur dann einschreiten dürfe, wenn die Sache gerade zu seinem „Ressort" gehöre. Man müsse annehmen, daß es genüge, wenn der Eingreifende überhaupt zu dem Gesinde oder dem Geschäftspersonal des Besitzers gehöre. Denn soweit

---

[2]) Da Leonhard a. a. O. S. 66 die Fälle momentaner Detention nicht als Fälle des § 855 auffaßt, so wendet er auf sie § 860 nicht an. Die momentanen Detentoren sind nach seiner Ansicht zur Ausübung des Selbstschutzes nur im ausdrücklichen oder stillschweigenden Auftrag des Herrn befugt.

[3]) § 859 in Verbindung mit §§ 865, 866.

[4]) Windscheid-Kipp a. a. O. S. 695.

nötig auf die Sachen des Herrn auch außerhalb des engeren Dienstkreises zu achten, liege wohl stets in den Verpflichtungen des Personals. Deshalb würde man nicht bezweifeln können, daß die Köchin denjenigen, der ein Buch vom Schreibtisch des Herrn entwendet hat, nach § 859 Abs. II verfolgen kann. Ich stimme mit Windscheid darin überein, daß man den § 860 nicht allzu engherzig auffassen darf. Indessen hat Planck[5]) nur Recht, wenn er behauptet, daß es bedenklich sei, diesen Selbstschutz des Besitzdieners auch auf solche Sachen auszudehnen, über die ein anderer Besitzdiener die tatsächliche Gewalt ausübe. Man denke nur an folgenden Fall. Der Besitzer eines Pferdes A. hat vor seiner Abreise dem Pferdeknecht verboten, das Pferd anderen während seiner Abwesenheit zum Ausreiten zu geben. Kaum ist der Herr fort, so reitet B. mit Erlaubnis des Pferdeknechts mit dem Pferd spazieren. B. begeht damit gegen den Besitzer des Pferdes verbotene Eigenmacht. Soll man in diesem Falle aber dem Portier des A. das Recht einräumen, dem B. das Pferd mit Gewalt wegnehmen zu können? Ich möchte das verneinen. — Ein selbständiges Abwehr- und Wiederbemächtigungsrecht wird für den Besitzdiener durch § 860 nicht geschaffen.[6]) Er übt nur die Rechte aus, die an sich gar nicht ihm, sondern dem unmittelbaren Besitzer zukommen. Da sein Selbstschutzrecht nicht selbständiger Natur ist, so kann der Herr ihm die Ausübung ein für alle Mal untersagen. Jedoch braucht der Besitzdiener, um es ausüben zu können, nicht immer erst einen besonderen

[5]) Planck a. a. O. S. 47.

[6]) Ebenso Dernburg a. a. O. S. 76, Strohal a. a. O. S. 51, Planck a. a. O. S. 46. A. A. Isay a. a. O. S. 287.

Befehl seines Herrn dazu abzuwarten. Die Befugnis steht ihm kraft Gesetzes zu.[7][8])

Gegen den unmittelbaren Besitzer muß verbotene Eigenmacht verübt werden. Nur wenn diesem im konkreten Falle das Selbstschutzrecht zusteht, kommt es auch dem Besitzdiener zu.

Verbotene Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer kann geschehen von Seiten eines dritten Nichtbesitzers, des mittelbaren Besitzers oder eines anderen Besitzdieners, und zwar letzteres nicht nur dann, wenn dieser dem Besitzdiener die Sache wegnimmt, um sie von nun an ganz für sich zu besitzen, sondern auch in dem Falle, wenn er sie ihm wegnimmt, um sie seinerseits für den Herrn innezuhaben[9]). Gegen alle diese Personen kann der Besitzdiener Selbstschutz ausüben. Tut er dies, so muß er natürlich vorher prüfen, ob alle Voraussetzungen des § 859, insbesondere die des Absatz II und III vorliegen.

Entziehen diese Personen aber mit Zustimmung des Besitzherrn dem Besitzdiener die tatsächliche Gewalt über eine Sache, so liegt überhaupt keine ver-

[7]) Vgl. Cosack a. a. O. S. 96.

[8]) Es kann sehr wohl vorkommen, daß der Besitzdiener das Selbstschutzrecht gleichzeitig als selbständiges und als unselbständiges ausübt. Man denke an den Fall, daß der Diener eigene Sachen und solche seines Herrn zu gleicher Zeit gegen den Angriff eines Dritten verteidigt. Isay a. a. O. S. 288 hält dies für gekünstelt und bemerkt ironisch: „Hier sollte der Faustschlag, den er dem Angreifer versetzt, teils aus eigenem Recht, teils in Ausübung des Rechts des Herrn erfolgt sein?"

[9]) Isay a. a. O. S. 287 behauptet, dieser Fall sei keine verbotene Eigenmacht gegen den dominus. M. E. doch. Denn wie oft wird dem Besitzherrn sehr daran gelegen sein, daß gerade der Diener A die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, und nicht der Diener B, dem er vielleicht weniger Vertrauen schenkt.

botene Eigenmacht vor. Ein Selbstschutzrecht steht in diesen Fällen dem Besitzdiener nicht zu. —

Der Erfolg seiner Tätigkeit soll dem Herrn zu gute kommen. Daraus folgt, daß er nur für ihn, nicht gegen ihn handeln darf.

Der § 815 Abs. IV des ersten Entwurfs bestimmte zwar: Die in dem I.—III. Absatze bezeichneten Rechte stehen dem Inhaber auch gegenüber demjenigen zu, für welchen er die Sache inne hat.[10]) Danach war ein Diener, der von seinem Herrn zur Aufsicht in die Wohnung gesetzt war, berechtigt, seinem Herrn, der bei seiner Rückkehr die Wohnung betreten will, den Zutritt mit Gewalt zu verweigern. Das BGB. hat diese Bestimmung nicht mit übernommen, da es zu unhaltbaren Zuständen führen würde, wollte man dem Besitzdiener den Selbstschutz gegen den Besitzherrn gestatten.[11])

Wenn der Besitzherr dem Besitzdiener die Sache abnehmen will, so darf dieser sich nicht widersetzen. Tut er es, so verübt er gegen seinen Herrn verbotene Eigenmacht, die der Herr mit Gewalt beseitigen kann. Der Hausherr kann demnach seinen Portier, dem er eine Portierstube eingeräumt hat, der Gutsbesitzer den Gärtner jederzeit eigenmächtig aus der Gärtnerwohnung herausfetzen, und dies selbst dann, wenn diese Leute mit Rücksicht auf den noch gar nicht abgelaufenen Dienstvertrag an sich berechtigt sind, noch länger in ihren Räumen zu bleiben.[12])

---

[10]. Vgl. Motive Band III S. 110.

[11]) Vgl. Bähr a. a. O. S. 489, Dernburg, Sachenrecht S. 75, Bekker a. a. O. S. 11, auch gutachtliche Äußerungen, zusammengestellt im Reichsjustizamt, S. 56.

[12]) Dies wird seitens des Dienstherrn nur dann rechtmäßig

Die Vertreter der Ansicht,[13]) daß im § 859 Absatz I nur ein besonderer Anwendungsfall der Notwehr des § 227 auf den Besitz enthalten sei, schließen nun folgerichtig weiter, daß § 860, soweit er sich auf § 859 Absatz I bezieht, überflüssig sei. Da nach § 227 jedem Dritten das Recht eingeräumt sei, die Rechtsgüter eines anderen gegen gegenwärtige Angriffe zu schützen, so dürfe der Besitzdiener auch nach § 227 dies hinsichtlich der Sachen tun, über die er die tatsächliche Gewalt für den Besitzherrn ausübe. Da wir auf dem Standpunkt stehen, daß das Abwehrrecht des § 859 Absatz I nicht mit dem Notwehrrecht des § 227 identisch ist, sondern dem Besitzer über § 227 hinausgehende Befugnisse erteilt, so können wir uns ihrer Ansicht nicht anschließen. Wir stimmen mit ihnen nur darin überein, daß § 860 überflüssig ist, soweit es sich um gegenwärtige rechtswidrige Angriffe handelt, da nach § 227 der Besitzdiener bereits befugt wäre, sie abzuschlagen. Soweit es sich aber im § 859 I um Abwehr gegen einen störenden Zustand handelt, ist § 860 nicht überflüssig. Die Dachrinne, die B. von seinem Dache aus in den Garten des A. hineinragen läßt, darf der Dienstbote des A., dem vor der Abreise des A. Haus und Hof anvertraut ist, nach § 227 nicht beseitigen. Das praktische Bedürfnis aber

---

geschehen, wenn er ihnen die Wohnung auf den Lohn anrechnet, nicht aber, wenn er mit ihnen besondere Mietverträge über ihre Wohnräume abgeschlossen hat. In diesem Falle sind sie selbst unmittelbare Besitzer; vgl auch die Beispiele von Dernburg, Sachenrecht S. 75, Cosack a. a. O. S. 97, Titze a. a. O. S. 76. Bedenken trägt Josef, im Recht, Jahrgang 1904, S. 498; vgl. auch Allgemeines Landrecht, § 144 I. 7.

[13]) Planck a. a. O. S. 46, Titze a. a. O. S. 75.

erfordert es, daß der Dienstbote in diesem Falle selbständig handeln darf. Und das gestattet ihm § 860.

Das gleiche gilt, soweit sich § 860 auf Absatz II bis IV des § 859 bezieht. Nehmen wir an: A. ist mit dem Pferd des B. ohne dessen Erlaubnis spazieren geritten. Könnte der Pferdeknecht des B. ohne die Bestimmung des § 860 gegen A. vorgehen? Nein. Denn § 229 steht nur dem Berechtigten zu. Das Selbsthilferecht des § 229 setzt einen Anspruch voraus. Ein solcher steht aber dem Besitzdiener nicht zu.[14]) Nach §§ 229 und 859 Absatz II und III ist es zwar zulässig, daß der Besitzer bei der Ausübung der Selbsthilfe sich der Unterstützung eines anderen bedient. Dabei ist aber immer vorausgesetzt, daß die Selbsthilfehandlung vom Besitzer ausgeht. Die andern handeln unselbständig, nur als seine Werkzeuge. Dem Bedürfnis des Lebens aber entspricht es, daß der Besitzdiener selbständig zur Selbsthilfe schreiten darf. Darum ist § 860 geschaffen.

§ 8.

Der Selbstschutz des mittelbaren Besitzers.

Verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858 kann, wie oben[1]) ausgeführt ist, nur gegen den unmittelbaren Besitzer verübt werden. Das Selbstschutzrecht des § 859 steht nur dem unmittelbaren Besitzer und nach § 860 seinem Besitzdiener zu. Nicht genießt es also der mittelbare Besitzer.[2]) Aber er steht nicht voll-

---

[14]) Vgl. Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 17, Neumann a. a. O. S. 546, Eck a. a. O. S. 33, Biermann a. a. O. S. 11.

[1]) Vgl. S. 39.

[2]) Vgl. Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 36, Seite 323.

ständig schutzlos da; nur ist er schwächer als der unmittelbare Besitzer geschützt.[3]) Sein Selbstschutz beruht jedoch nicht auf besitzrechtlichen Vorschriften, sondern einzig und allein auf den Bestimmungen der §§ 227 bis 231. Er ist schwächer als der unmittelbare Besitzer geschützt. Daß die Befugnisse aus §§ 227 ff. kaum hinter den durch § 859 gewährten zurückstehen, wie Biermann[4]) meint, ist nicht richtig. Es geschieht mit Recht, wenn er schwächer geschützt wird; denn er ist ja nur ein „Auchbesitzer".

Der Selbstschutz des mittelbaren Besitzers richtet sich einmal gegen dritte Nichtbesitzer, sodann auch gegen den unmittelbaren Besitzer und dessen Besitzdiener.

Wenn ein dritter Nichtbesitzer einen Angriff auf den Besitzstand des unmittelbaren Besitzers unternimmt, so enthält sein Vorgehen in der Regel gleichzeitig einen Angriff auf den mittelbaren Besitz. Denn führt der Täter den Angriff durch und entzieht dem unmittelbaren Besitzer den Besitz, so wird mit der Entziehung auch der mittelbare Besitz vernichtet; vernichtet deshalb, weil der Täter nicht mehr wie der alte Besitzer ihm den Besitz vermitteln, für ihn besitzen, sondern für sich besitzen will. Der Versuch der Entziehung des unmittelbaren Besitzes ist also ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff auf den mittelbaren Besitz.[5]) Dasselbe gilt, wenn der Dritte versucht, die Sache dem unmittelbaren Besitzer zwar nicht zu entziehen, sondern ihm nur zu beschädigen. In allen

[3]) Ebenso Strohal a. a. O. S. 57.

[4]) Biermann a. a. O. S. 20.

[5]) Ebenso Planck a. a. O. S. 68, Strohal a. a. O. S. 52, Wendt a. a. O. S. 58, Schollmeyer a. a. O. S. 16, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 698, Bartels a. a. O. S. 676.

diesen Fällen, deren charakteristisches Merkmal darin liegt, daß durch den Angriff des Dritten der mittelbare Besitz in seiner Existenz direkt bedroht ist, ist der mittelbare Besitzer nach § 227 berechtigt, den Angriff des Dritten zurückzuschlagen. Er darf dem unmittelbaren Besitzer beispringen und ihn bei der Verteidigung unterstützen. Aber wie dann, wenn der unmittelbare Besitzer dem Tun des Dritten kalten Blutes zusieht und damit zur Vernichtung der Sache seine Genehmigung giebt? Auch in diesem Falle hat der mittelbare Besitzer das Recht aus § 227. Wir sagen, in der Regel ist der Angriff eines Dritten auf den unmittelbaren Besitz zugleich ein Angriff auf den mittelbaren. Es giebt also Fälle, in denen dies nicht der Fall ist. Nehmen wir an: A benutzt unbefugterweise einen dem Pächter B gehörigen Wirtschaftsweg. A begeht gegen B verbotene Eigenmacht. Liegt aber in dem Verhalten des A auch ein Angriff auf den Verpächter des Wirtschaftsweges C? Ich glaube nicht. Wie steht der mittelbare Besitzer einer vollendeten Störung des unmittelbaren Besitzes gegenüber? A hat Unrat in den von B an C verpachteten Garten geworfen. § 227 greift für B nicht mehr Platz. Möglicherweise könnten hier die §§ 228 oder 229 ihm helfen.

Hat endlich ein Dritter dem unmittelbaren Besitzer die Sache bereits entzogen, dann kann der mittelbare Besitzer auf Grund des § 229 gegen den fehlerhaften Besitzer vorgehen.[6])

---

[6]) Ebenso Windscheid-Kipp a. a. O. S. 698.

Eine m. E. unzulässige Dehnung des Notwehrbegriffs des § 227 zu Gunsten des mittelbaren Besitzers und jedes dritten

Wir sehen, daß der mittelbare Besitzer gegen Eingriffe Dritter in den Besitzstand des unmittelbaren Besitzers genügend geschützt ist.[7])

Wie kann sich nun der mittelbare Besitzer gegen den unmittelbaren Besitzer selbständig schützen? Diese Frage ist besonders für die Stellung des Vermieters zum Mieter wichtig. Wir haben oben[8]) bereits ausgeführt, daß der Mieter als unmittelbarer Besitzer jeden Eingriff des Vermieters, der ohne seinen Willen geschieht, als verbotene Eigenmacht zurückweisen kann, und dies selbst dann, wenn der Vermieter sich in dem Mietvertrage die Befugnis vorbehalten hat, die Mietwohnung betreten zu dürfen. Hindert dann der Mieter trotz dieser Vertragsklausel den Vermieter am Zutritt, so handelt er zwar dem Vertrage zuwider und macht sich möglicherweise schadensersatzpflichtig, aber erzwingen darf der Vermieter den Zutritt nicht.[9]) Um dem abzuhelfen schlägt Dernburg[10]) vor, die Ver-

---

Nichtbesitzers nimmt Wendt a. a. O. S. 59 vor, indem er die Behauptung aufstellt, die Verbindung des § 859 Absatz II und III mit § 227 führe zu dem Ergebnis, daß nach § 227 jeder, also auch der mittelbare Besitzer berechtigt sei, sowohl die eigentliche Abwehr des Angriffs zu unternehmen, als auch die Verfolgung mit jenem Ziel der Wiederabnahme der Sache zu beginnen. Gegen Wendt vgl. schon Kniep a. a. O. S. 317.

[7]) A. A. Kniep a. a. O. S. 316.

[8]) Vgl. Seite 61.

[9]) Ebenso Planck a a. O. S. 68, A. A. Dernburg a. a. O. S. 76 und Eck a. a. O. S. 34, die behaupten, daß der Mietvertrag dem Besitzrecht seine Grenzen gebe; vgl. auch Kniep a. a. O. S. 122. 315.

[10]) Dernburg a. a. O. S. 76, vgl. auch Staudinger a. a. O. Band III, S. 39.

mieter sollten sich durch Vorbehalt im Mietvertrage Mitbesitz (§ 866) sichern, womit sich das Recht der Selbsthilfe von Rechtswegen verbinde. Auch stehe ein rechtliches Hindernis dem nicht im Wege. Ich stimme dem Vorschlage Dernburgs bei. Nur trage ich Bedenken, ob sein Vorschlag praktischen Wert hat. Es wird sich wohl kaum ein Mieter finden, der dem Vermieter Mitbesitz einräumen wird.

Wenn der unmittelbare Besitzer rechtswidrig mit der Sache verfährt, so begeht er gegen den mittelbaren Besitzer niemals verbotene Eigenmacht, wohl aber kann in seinem Verhalten ein direkter Angriff auf den mittelbaren Besitzer liegen. Nicht von jeder an sich rechtswidrigen Handlung wird man sagen können, sie sei ein solcher Angriff. Nur unter Umständen kann dem mittelbaren Besitzer das allgemeine Notwehrrecht gegen den unmittelbaren Besitzer zustehen. Nehmen wir an: A leiht sich von B ein Pferd und verleiht es trotz gegenteiliger vorheriger Verabredung an C weiter. Vertragswidrig ist das Verhalten des A auf jeden Fall. Einen direkten Angriff auf den mittelbaren Besitz des Verleihers B kann ich in seinem Tun nicht erblicken. Hier steht dem B nicht das Recht aus § 227 zu. Es bleibt ihm nur die Möglichkeit, bei fortgesetztem vertragswidrigem Verhalten auf Unterlassung oder Schadenersatz zu klagen oder eine einstweilige Verfügung vom Gericht zu erwirken. Wohl aber liegt ein Angriff auf den mittelbaren Besitz dann vor, wenn der unmittelbare Besitzer derartig mit der Sache verfährt, daß ihre vollständige Vernichtung oder Beschädigung droht. Ich treffe z. B. den Verwahrer meiner Weinflaschen an, wie er sie austrinkt. In diesem Fall bin ich befugt nach § 227 gegen

ihn vorzugehen und ihm die Sachen abzunehmen.[11] [12])

Kapitel III.

§ 9.

Die zivilrechtlichen Folgen des Selbstschutzes.

Alle Handlungen des Besitzers oder Besitzdieners, die auf Grund der §§ 859, 860 zur Abwehr eines Eingriffes in den Besitzstand oder zur Wiedererlangung entzogenen Besitzes erforderlich sind, sind nicht widerrechtlich. Es kann sich also der Eigenmächtler, wenn Besitzer oder Besitzdiener nun ihrerseits zum Angriff gegen ihn übergehen, nicht auf Notwehr berufen und sich ihnen wieder zur Wehr setzen. Er ist verpflichtet, ihre rechtmäßigen Handlungen zu dulden, mag er dabei an seinem Körper oder seinem Vermögen Schaden erleiden, mag der Schaden, der für ihn entsteht, erheblich größer sein, als der Schaden, den er durch seine Eigenmacht angerichtet hat. Er muß es darum erdulden, weil er den Rechtsfrieden gestört und den

---

[11]) Ebenso Schollmeyer a. a. O. S. 18, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 699, Cosack a. a. O. S. 96, Biermann a. a. O. S. 20.

Dem mittelbaren Besitzer in solchen Fällen nur die Befugnisse aus § 229 zuzubilligen, wie dies Strohal a. a. O. S. 52 tut, ist m. E. nicht richtig. § 229 kann nicht genügen, da besonders der mittelbare Besitzer zum Schadensersatz verpflichtet sein würde, wenn er irrtümlich, wenn auch in entschuldbarer Weise gegen den unmittelbaren Besitzer vorgegangen ist.

[12]) Hat der unmittelbare Besitzer eine strafbare Handlung begangen z. B. die fremde Sache vorsätzlich beschädigt (§ 303 des Strafgesetzbuches), dann kann nach § 127 der Strafprozeßordnung auch der mittelbare Besitzer ihn vorläufig festnehmen, falls er fluchtverdächtig ist.

Angriff des Besitzers oder Besitzdieners selbst provoziert hat.[1])

Hat der Täter durch eine rechtmäßige Handlung des Besitzers Schaden erlitten, so braucht dieser ihn nicht zu ersetzen. Man ist ja zum Schadensersatz einem anderen nur verpflichtet, wenn man durch eine unerlaubte Handlung ihm Schaden zugefügt hat (§ 823 BGB.). Gegenmaßregeln gegen verbotene Eigenmacht sind aber keine unerlaubten, sondern erlaubte Handlungen.

Wie verhält es sich nun, wenn der Besitzer oder Besitzdiener zum Selbstschutz greifen, obwohl die Voraussetzungen des § 859 garnicht oder nicht mehr vorliegen[2]), wenn die Grenzen des Zulässigen überschritten werden, bei der Verteidigung oder beim Angriff mehr Gewalt als erforderlich angewendet und dadurch der Täter, sei es an seinem Körper, sei es an seinem Vermögen geschädigt wird. Der Besitzer handelt rechtswidrig. Sein Angriff auf den Täter ist ein rechtswidriger, gegen den Notwehr erlaubt ist. Für Gastwirte hat das Reichsgericht eine wichtige Entscheidung gefällt. In dem Urteil vom 24. Oktober 1904[3]) führt es aus, daß einem Wirte vom Gesetz nicht das Recht zustände, einen Gast, der sich „unnütz benimmt", ohne weiteres gewaltsam aus der Wirtschaft zu entfernen. Nur dem gegenüber, der den Besitzer ohne gesetzliche

---

[1]) Widerstand dürfte der Eigenmächtler höchstens dann leisten, wenn Besitzer oder Besitzdiener sich eines Exzesses schuldig machen.

[2]) Möglicherweise kann dann immer noch eine nach § 229 erlaubte Selbsthilfe vorliegen. In diesem Fall ist sein Handeln erlaubt. Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, vgl. Planck a. a. O. S. 46.

[3]) Goltdammers Archiv a. a. O. 1905, Band 52, S. 85.

Gestattung im Besitz störe, könne sich dieser der verbotenen Eigenmacht mit Gewalt erwehren. Das bloße unnütze Benehmen sei aber noch keine Störung des Besitzes des Wirts, kein Bruch des Hausfriedens. — Auch eine Verpflichtung zum Schadensersatz tritt ein. Dies aber nur dann, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt, wenn er also vorsätzlich oder fahrlässig über das Maß des Erlaubten hinausgegangen ist. Fahrlässig aber handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt (§ 276). Konnte der Besitzer trotz Anwendung dieser Sorgfalt nicht voraussehen, daß seine Handlung den Eigenmächtler schädigen würde, konnte er ohne Fahrlässigkeit die von ihm angewandten Mittel für erforderlich halten, so ist er nicht schadensersatzpflichtig.[4]) Das gleiche muß gelten, wenn der Besitzer Gewalt anwendet in der irrtümlichen Annahme, daß gegen ihn verbotene Eigenmacht verübt werde, während in Wirklichkeit das Vorgehen des Dritten vom Gesetz erlaubt ist. Oder wenn ein Besitzdiener irrtümlich glaubt, selbst Besitzer zu sein und bei der Verteidigung seines vermeintlichen Besitzes dem unmittelbaren Besitzer Schaden zufügt. Jedoch muß der Irrtum ein entschuldbarer sein. Ist der Irrtum ein unentschuldbarer, dann ist er zum Schadensersatz ersatz nach § 823 verpflichtet.[5])

[4]) Ebenso Planck a. a. O. S. 45, Biermann a. a. O. S. 10, Staudinger a. a. O. S. 22, Bekker a. a. O. S. 12, Bunsen a. a. O. S. 73 und die interessante Entscheidung des Reichsgerichts in der Deutschen Juristenzeitung Jahrgang 1903, S 574.

[5]) § 231 kommt nicht zur Anwendung; ebenso Biermann a. a. O. S. 10, Cosack a. a. O. S. 98, Fischer-Henle a. a. O. Anm. 3 zu § 859, Männer a. a. O. S. 103. A. A. Dernburg a. a. O. S. 74 und Kniep a. a. O. S. 328, die auch bei entschuldbarem Irrtum § 231 analog anwenden und Schadensersatzpflicht eintreten lassen wollen.

§ 10.

Die strafrechtlichen Folgen des Selbstschutzes.

Die Wirkungen des § 859 erstrecken sich auch auf das Strafrecht. Soweit es sich im § 859 Absatz I um Abwehr gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs auf den Besitzstand handelt, ist die Verteidigung des Besitzers bereits nach § 53 Absatz II des StGB. straflos. Aber auch die sonstigen unter § 859 fallenden Selbstschutzhandlungen des Besitzers können, sofern die vom BGB. gesteckten Grenzen nicht überschritten werden, strafbare Handlungen nicht sein. Denn stets fehlt ja der Handlung des Besitzers das für das Strafrecht unerläßliche Moment der Widerrechtlichkeit.

Die Wirkung des § 859 zeigt sich besonders in den §§ 123, 239, 240, 303 des StGB. War es notwendig, daß der Besitzer oder Besitzdiener bei der Ausübung des Selbstschutzes eine dem Eigenmächtler gehörige Sache z. B. seinen Rock beschädigt, so liegt keine strafbare Sachbeschädigung vor. Denn nur wer vorsätzlich und rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, macht sich strafbar. Hier liegt wohl Vorsätzlichkeit vor, aber die Rechtswidrigkeit fehlt. Ebensowenig liegt Hausfriedensbruch vor, wenn der einstige Besitzer, um dem fehlerhaften Besitzer die bewegliche Sache wiederabzunehmen, in dessen Wohnung eindringt. Er dringt ja nicht widerrechtlich ein. Ist dem Besitzer eines Grundstücks der Besitz entzogen, so macht er sich weder des Hausfriedensbruches noch der Nötigung schuldig, wenn er den fehlerhaften Besitzer sofort nach der Entziehung wieder aus dem Grundstück vertreibt. Auch Freiheitsberaubung und Landfriedensbruch können straflos sein, wenn das Ver-

halten des Besitzers nach BGB. ein rechtmäßiges ist. Er kann, wenn er wegen einer Selbstschutzhandlung unter Anklage steht, mit vollem Recht gegen die Anklage den Einwand des Besitzselbstschutzes erheben.[1])

Anders aber, wenn der Besitzer oder Besitzdiener zum Selbstschutz greifen und die Voraussetzungen dazu entweder garnicht oder nicht mehr vorliegen, oder wenn sie über das gesetzlich zulässige Maß von Gewalt hinausgehen. Der Besitzer macht sich dadurch strafrechtlich verantwortlich. Soweit es sich um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff handelt und der Besitzer in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen ist, kann ihm § 53 Absatz III des StGB. zugute kommen. Er geht dann straflos aus. Andere Gründe als die im Absatz III machen den Besitzer aber nicht straffrei. Soweit der Notwehrexzeß nicht durch Absatz III entschuldigt ist, wird der Besitzer bestraft. Ebenso macht sich der Besitzer strafbar, wenn er unberechtigten Selbstschutz ausübt, z. B. der Hausbesitzer verweigert mit Gewalt dem Gerichtsvollzieher, der bei ihm zur Pfändung von Sachen schreiten will, den Zutritt. Er wird nach § 113 des StGB. bestraft. Ist ferner der Besitzer aus seinem Grundstück verdrängt und geht erst geraume Zeit nach der Entsetzung daran, den fehlerhaften Besitzer wieder hinauszuwerfen, so macht er sich selbst des Hausfriedensbruchs[2]) schuldig. Ebenso kann er sich in solchen Fällen der Sachbeschädigung, Nötigung, Freiheitsberaubung, Körperverletzung schuldig

[1]) Vgl. die Beispiele von Eck a. a. O. S. 32, Kniep a. a. O. S. 325 und Titze a. a. O. S. 80, vgl. auch Dernburg, Sachenrecht Seite 73.

[2]) Ebenso Titze a. a. O. S. 80. A. A. Kniep a. a. O. S. 325 ff.

machen. Dabei schließt der vom Besitzer verfolgte Zweck, seinen Besitz gegen verbotene Eigenmacht zu schützen, die Widerrechtlichkeit seiner Handlung und damit seine Bestrafung nicht aus. Wie aber, wenn der Besitzer irrtümlich glaubt, er übe innerhalb der zulässigen Grenzen Selbstschutz aus? Der irrige Glaube schließt die Strafbarkeit dann aus, wenn die Widerrechtlichkeit der Tat zum konkreten gesetzlichen Tatbestande gehört. In einem solchen Fall erscheint aber das mangelnde Bewußtsein der Widerrechtlichkeit als eine nach § 59 des StGB. die Strafbarkeit ausschließende Nichtkenntnis des Täters vom Vorliegen eines Tatumstandes, der zum gesetzlichen Tatbestande gehört.[3])

[3]) Vgl. Heilfron a. a. O. S. 85.